

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

volume 9 número 5 - 2002

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 9 número 5 - 2002

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault de Freitas Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 2001

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

DOCTRINA

ÍNDICE

UMA BREVE HISTÓRIA DA ECONOMIA POLÍTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	3
CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA	3
RESUMO	3
ABSTRACT	4
1. O ATUAL ESTADO DAS ARTES DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	4
2. A PRÉ-HISTÓRIA E O PASSADO LONGÍNQUO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO	8
3. A PRÉ-HISTÓRIA E O PASSADO LONGÍNQUO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	14
4. O PASSADO RECENTE E O FUTURO INCERTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	27
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
CONCORRÊNCIA EM MERCADO REGULADO: A AÇÃO DA ANP	35
PEDRO DUTRA.....	35
1.0 Regulação econômica	35
2.0 Poder econômico: existência e uso.....	37
2.1 Abuso do poder econômico.....	37
3.0 A defesa da livre concorrência	40
3.1 Concorrência e abuso do poder econômico.....	41
3.2. Repressão e prevenção ao abuso do poder econômico.....	42
4.0 Concorrência e regulação	43
4.1 Defesa da livre concorrência e regulação.....	45
5.0 Regulação: disciplina legal	47
5.1 Atividade econômica	47
6.0 Regulação e livre concorrência.....	49
7.0 A regulação do mercado de petróleo.....	52
7.1 ANP: regulação e promoção da concorrência no mercado de petróleo.....	54
8.0 Ação regulatória e a concorrência no mercado de petróleo: Portaria ANP 116/2000	59
8.1 Subsistência da Portaria ANP 116/2000	62
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	64
RESTRICÇÃO VERTICAL POR FIXAÇÃO DE PREÇOS.....	67
MARCOS VINÍCIO CHEIN FERES	67
Introdução.....	67
1 Concorrência, preços e práticas verticais restritivas	68
1.1 A concorrência e o sistema de preços.	68
1.2 O contrato, a concorrência e a verticalização.....	71
1.3 Práticas verticais restritivas: preços e concorrência intra e entre-marcas.....	72
2 Preços diferenciados e distribuição.....	73
2.1 Noção geral	73
2.2 Restrição vertical e diferenciação de preços	74

2.3 Fixação de preços, discriminação e restrição vertical	75
3 <i>Fixação vertical de preços (fixação de preço de revenda)</i>	76
3.1 Preços de revenda e restrição vertical – estudo comparativo	76
3.2 A eficiência da fixação de preços de venda	79
3.3 O preço de revenda como limitação à concorrência	82
3.4 A imposição de preços e algumas decisões do CADE	83
<i>Conclusão</i>	87
<i>Referências bibliográficas</i>	89
REGULAÇÃO ECONÔMICA E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO	91
EDUARDO MOLAN GABAN	91
1. <i>Introdução:</i>	91
2. <i>Regulação Econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador:</i>	93
3. <i>Objetivos econômicos e mecanismos de Regulação:</i>	100
3.1. Padrões de Regulação:	107
3.1.1 Controle de Preço:	110
3.1.2 Controle de Quantidade:	112
3.1.3 Controles de Acesso:	113
3.1.4 Controle de Outras Varáveis:	113
4. <i>Objetivos Sociais e Mecanismos de Regulação:</i>	116
4.1 Padrões de Regulação:	118
4.1.1 Controle de Qualidade:	118
5. <i>Assimetria de Informação:</i>	121
5.1. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo”:	127
5.2. Mecanismos de mercado de equilíbrio de informação:	129
5.3 Assistência suplementar à saúde (regulação geral):	132
5.4. Assistência suplementar à saúde (regulação setorial):	138
5.4.1 O problema dos custos para regular:	149
6. <i>Conclusão:</i>	154
7. <i>Bibliografia:</i>	157
ANTITRUSTE, EFICIÊNCIA ECONÔMICA, CURVAS, TRIÂNGULOS E RETÂNGULOS	161
RUY SANTACRUZ	161
1 - <i>INTRODUÇÃO</i>	161
2 - <i>EFICIÊNCIA ECONÔMICA E BEM-ESTAR</i>	162
2.1 – Poder de Mercado e Concorrência Perfeita	162
2.2 – Poder de Mercado e Monopólio	166
2.3 – Poder de Mercado, Eficiência Econômica e Bem-estar Econômico	168
2.4 - Custo Social do Monopólio	170
2.5 - Eficiência Alocativa de Recursos	172
2.6 - Eficiência Distributiva	172
2.7 - <i>Trade-off</i> entre Poder de Mercado (Eficiência Distributiva) e Eficiência Alocativa	173
3 – <i>CONSIDERAÇÕES FINAIS</i>	176
4 - <i>BIBLIOGRAFIA</i>	176
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	179

UMA BREVE HISTÓRIA DA ECONOMIA POLÍTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA¹

Claudio Monteiro Considera²

RESUMO

Concorrência e estabilidade de preços são duas faces de uma mesma moeda. Em mercados livres, a estabilidade de preços, a níveis compatíveis com uma alocação ótima de recursos, só seria garantida com a existência de concorrência entre competidores de um mesmo mercado. A existência de monopólios ou oligopólios altamente concentrados ou de condutas anticompetitivas como a formação de cartéis levaria a situações de preços e lucros altos prejudicando a sociedade de forma geral. Ousaríamos dizer que a estabilidade é hoje um valor da sociedade brasileira como o é para o mundo desenvolvido de forma geral. Todos aprendemos os efeitos deletérios que a inflação acarreta para a economia e a sociedade, desorganizando a produção e empobrecendo ainda mais os menos favorecidos. Entretanto, curiosamente a sociedade brasileira não dá muito valor à defesa da concorrência; pior ainda, cai muitas vezes na armadilha de técnicos e políticos populistas que pregam a volta do controle de preços. Este texto busca explicar os fundamentos históricos dessa situação. Mostra que, a despeito de o CADE existir há 40 anos, pouco temos a nos orgulhar de sua história. Apenas a partir de 1994, com as reformas estruturais implantadas pelo Real e a nova Lei 8884, podemos dizer que se estabelece no Brasil a promoção e defesa da concorrência.

1 Este documento expressa as opiniões pessoais dos autores e não reflete as posições oficiais da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

2 Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Professor da Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Economia e Finanças do IBME-CE - Email: claudio.considera@fazenda.gov.br. Esplanada dos Ministérios, Bloco P, sala 309, Edifício Sede, 70048-900. Brasília-DF. Tel: (61) 412.2362. Fax: (61) 225.0971. SEAE/MF

ABSTRACT

Competition and price stability are two faces of the same coin. In free market economies, price stability compatible with an optimal resources allocation, can only be guaranteed with true competition. The existence of monopolies or highly concentrated oligopolies, or yet of cartels or anti competitive conducts, impair competition leading to higher prices and profits, and thus, harming society. It seems fair to say that nowadays the Brazilian people cherish price stability as people in the developed world do. Brazilians have learned the hard way, how much economic and social damage inflation can cause. Nevertheless, the Brazilian people do not give much value to competition defence, and sometimes are even led by populist politicians into believing that it is a good idea to re-introduce price control mechanisms into specific sectors. This paper traces the historical foundations for this behaviour. It argues also that the 40 years of existence of CADE (the competition administrative tribunal) is not, by itself, something to be proud of. After all, it was only after 1994, with the structural reforms implemented through the Real Plan, and with the new competition Law no. 8884, that we might say that competition defence was effectively introduced in Brazil.

1. O ATUAL ESTADO DAS ARTES DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A sociedade brasileira habituou-se, no período mais recente, a ler, ver e ouvir na mídia notícias sobre a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), e pelas Secretarias de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. Algumas destas notícias chamaram a atenção para a aquisição de empresas, por exemplo, quando da criação da AMBEV (compra da Antártica pela Brahma) e, mais recentemente, quando da compra da fábrica de chocolates Garoto pela multinacional Nestlé. Outras notícias têm chamado a atenção para a descoberta e investigação de cartéis, principalmente de postos de gasolina; a mais recente referiu-se à inédita condenação pelo CADE do cartel de postos de combustíveis de Florianópolis.

Podemos inferir da observação acima que a defesa da concorrência possui duas vertentes: a prevenção e a repressão. A prevenção, quando procura evitar que fusões e aquisições que tenham característica anticompetitivas se realizem. E, a repressão, quando investiga e pune condutas anticompetitivas.

Para entendermos a razão de o Estado intervir nestas questões, recorreremos a alguns conceitos sobre os quais uma economia de mercado está baseada. É importante recordar que o brasileiro não está muito acostumado a este conceito. Afinal, desde sempre nos habituamos à intervenção do Estado em todos os aspectos da vida econômica, quer produzindo bens e serviços através de suas empresas, quer impondo regras restritivas ao livre comércio, quer, ainda, fixando e controlando preços e salários do setor privado. O pequeno mercado do início de nossa industrialização, que resultava em alto grau de concentração da produção, somados aos elementos acima descritos tornava as condições de concorrência bastante desfavoráveis para o consumidor. Os resultados eram preços altos, pouca escolha e baixa qualidade dos bens e serviços disponíveis domesticamente.

Este ambiente começa a mudar a partir de 1989 com a abertura comercial, a partir da adequação das tarifas e normas do comércio internacional brasileiro às novas regras da Organização Mundial do Comércio. O processo de privatização iniciado em 1992 e a liberação dos preços culminam com o novo ordenamento econômico do Plano Real. Com a eliminação progressiva de subsídios e vantagens anticompetitivas a produtores domésticos e a introdução das concepções de equilíbrio fiscal e monetário foi possível garantir a manutenção da estabilidade econômica implantada a partir de 1994.

Uma economia de livre mercado supõe que cada produtor procure maximizar seu lucro, dada uma certa tecnologia, tanto quanto um indivíduo busca maximizar seu bem estar, sujeito à sua limitação orçamentária. Se houver concorrência, este encontro de interesses levará a uma alocação *ótima* dos recursos produtivos do país, produzindo quantidades e qualidades de produtos de acordo com a capacidade do país, tanto quanto levará ao maior bem estar do seu povo. Concorrência existe desde que nenhum agente econômico seja capaz de impor preços nesse mercado, sendo o preço do produto resultado do encontro dos desejos dos produtores concorrentes em ofertar quantidades e qualidades de produtos e dos desejos dos consumidores em adquirir estes produtos. A concorrência será tanto maior quanto mais livre for o comércio entre os países, e quanto menor for a interferência do Estado no processo econômico.

Em junho de 1994 o Brasil abandonou o controle de preços, trocando-o pela lei da oferta e da demanda e adotou a Lei 8884 que estabeleceu um moderno aparato de defesa e promoção da concorrência. Por esta Lei, o livre jogo das forças de mercado, em um ambiente concorrencial, deve ser suficiente para garantir preços estáveis e justos. Para tanto, a autoridade governamental deve cuidar para que os atos e contratos (aquisições, fusões e outros) que

possam vir a causar danos à concorrência sejam evitados ou seus danos minorados e que condutas anticompetitivas sejam reprimidas e punidas.

A concepção para esta Lei é fundamentalmente econômica: bens e serviços cujos mercados, após uma fusão, venham a apresentar alto grau de concentração e que tenham elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes ou de difícil acesso para importações, tornam mais fácil a imposição de preços acima daqueles cujos mercados sejam pouco concentrados. Com preços mais elevados, a demanda por estes produtos cai, diminuindo o bem estar do consumidor e tornando a alocação dos recursos do país menos eficiente. Algo semelhante ocorre com a organização de cartéis: eles causam dano ao consumidor e têm efeito pernicioso sobre a eficiência econômica. Um cartel bem sucedido eleva seus preços acima do nível de concorrência e reduz a produção. Adicionalmente, o cartel protege seus membros da exposição às forças de mercado reduzindo a pressão sobre eles para controlar custos e inovar. Todos estes efeitos afetam adversamente a eficiência da economia de mercado.

No caso de operações de fusões ou aquisições, em que há elevados níveis de concentração, ainda assim, pode ser possível a existência de eficiências superiores aos custos que tornem a operação aceitável. Há até mesmo algumas condutas anticompetitivas como vendas casadas que também podem apresentar benefícios superiores aos custos, representando operações que geram eficiência econômica tornando-as aceitáveis.

Não é esse, entretanto o caso dos cartéis. Sua existência fere mortalmente o mercado: os cartéis causam dano ao consumidor e têm efeito pernicioso sobre a eficiência econômica. A infração resultante do cartel existe mesmo que não tenha conseguido aumentar os preços e, tal como uma tentativa de assassinato, os cartéis devem ser perseguidos e punidos, mesmo que não consigam alcançar seu objetivo. Para os que participam de cartéis seus inimigos são os consumidores; seus companheiros nessa ação, ao invés de concorrerem entre si, se tornam aliados com o objetivo de burlar a economia de mercado. Por essa razão, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deseja alterar a Lei 8884 e deixar absolutamente claro que se deve tratar qualquer cartel como uma conduta anticompetitiva “per se”, não sendo necessário mensurar seus efeitos adversos. Atualmente, algumas interpretações errôneas dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94, alegam ser isto necessário, o que, de certa forma, contradiria a Lei 8137/90 através da qual, a sociedade brasileira reconhecendo o quão nociva é tal prática, tornou-a um crime imputável com penas de prisão para os indivíduos envolvidos.

De fato, na maior parte dos países, as autoridades não fazem estes cálculos para condenar ou impor penas aos cartéis, quer por sua dificuldade, quer por ser legalmente desnecessário. Não é simples quantificar os efeitos

perversos dos cartéis. Isto requereria comparar uma determinada situação em que haja um cartel com outra em que haja um mercado competitivo hipotético. Nos países em que é necessário quantificar os custos sociais de um cartel, as autoridades utilizam-se de uma aproximação que é o ganho ilegal obtido pelos membros do cartel. Isto equivale à margem de lucro acima do nível concorrencial e a quantidade de comércio de bens afetado pelos membros do cartel.

O Comitê de Concorrência da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou uma pesquisa entre seus membros, sobre casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000, numa tentativa de conhecer melhor o dano deles decorrente. Os países que responderam reportaram 119 casos, muitos dos quais impossíveis de se medirem os danos. Foi possível, entretanto, verificar que os 16 casos de cartel mais importantes envolveram um montante de comércio de cerca de 55 bilhões de dólares em todo o mundo. Concluiu-se, também, que a margem de lucro dos cartéis varia significativamente e em alguns deles pode chegar a 50%, tornando claro que a magnitude do dano dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anuais.

Um dos países mais bem sucedidos em perseguir cartéis são os Estados Unidos. Seus casos mais importantes referem-se a lisinas, ácido cítrico, vitaminas e eletrodos de grafite, cujo comércio afetado foi superior a 45 bilhões de dólares, e o dano causado foi estimado em cerca de 1,3 bilhões. As sanções aplicadas foram multas de quase dois bilhões de dólares e prisão para 13 executivos das companhias envolvidas. Diversos outros países se têm esmerado em se organizar para combater cartéis e reportaram ao Comitê de Concorrência a apuração e condenação de vários casos de cartel.

Evidentemente, a eficácia de se controlar contratos e condutas anti-competitivas está associada a dois aspectos relacionados: uma sociedade convencida da importância da livre concorrência para garantir preços justos e o correspondente aparato jurídico institucional que garanta essa vontade social. Ainda estamos devendo muito em ambos os aspectos. Por um lado, qualquer iniciativa governamental no sentido de controlar preços é sempre bem recebida pela população (a exemplo do que ocorreu com a reintrodução do controle de preços de remédios), que provavelmente já se esqueceu do fracasso do controle de preços do Plano Cruzado. Por outro, aperfeiçoamentos da Lei 8884 e o rearranjo das instituições encarregadas de aplicá-la, ordenadas em Decreto Presidencial, estão ainda por vir.

Os órgãos do SBDC, buscando contornar essa paralisia, introduziram, recentemente, importantes modificações na aplicação dessa Lei com o objetivo de torná-la mais eficiente e eficaz: uma delas foi a adoção do rito sumário, uma modalidade de análise de atos de concentração simples, não ameaçadores à concorrência. Através desta análise simplificada, cerca de 60%

dos casos são encerrados em poucos dias, diminuindo com isso o prazo para sua aprovação.³ Outra modificação foi a iniciativa, adotada pela Seae, de submeter ao CADE requerimentos de medidas cautelares com o objetivo de suspender o andamento de uma operação até a decisão final do SBDC, quando houver a possibilidade de exercício do poder de mercado, derivado de uma fusão que resulte em elevado nível de concentração. Finalmente, o SBDC passou a trabalhar em conjunto com o Ministério Público na investigação de cartéis, quando para se obterem determinadas provas for necessário recorrer a um mandato judicial para a busca e apreensão de documentos, ou para a obtenção de gravações de telefonemas. Essa iniciativa permitiu a condenação do cartel de postos de gasolina de Florianópolis e Goiás e o do gás de cozinha do triângulo mineiro, graças a ação do Ministério Público, de gravar telefonemas dos proprietários de postos e dos gerentes das distribuidoras.

Entretanto, sabemos que muito mais está faltando em termos de capacidade de investigação de cartéis. Isto só será melhorado com a maior interação dos órgãos de investigação administrativa (Seae e SDE) com a Polícia Federal e os Ministérios Públicos Federal e Estadual, o que permitirá a obtenção de provas que tornem a condenação administrativa efetiva e a criminal possível.

2. A PRÉ-HISTÓRIA E O PASSADO LONGÍNQUO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO

A defesa da concorrência é bastante antiga no mundo, notadamente na Inglaterra, onde a *common law* construiu um conjunto de decisões judiciais sem um estatuto preciso, vale dizer, uma Lei que definisse cada aspecto legal envolvido nas questões tratadas. A *common law* inglesa foi herdada pela justiça dos Estados Unidos da América e viria a se constituir nos fundamentos do *Sherman Antitrust Act* de 2 de julho de 1890, o primeiro importante estatuto legal da defesa da concorrência.⁴

Mas, de fato, foi bem antes dessa época que surgiram leis regulando o processo concorrencial. Poderia ser dito que nos cinco primeiros séculos do milênio passado essas leis já estavam em sua adolescência. Seu início pode ser traçado, de fato, numa variedade de códigos legais e na literatura da antigui-

3 Nos últimos quatro anos foram analisados cerca de 500 a 700 atos de concentração por ano.

4 O Canadá havia no ano anterior promulgado o que é realmente primeiro estatuto legal de defesa da concorrência.

dade.⁵ Um exemplo disso está no caso dos comerciantes gregos de milho e trigo, que se passou em Atenas entre 388-386 antes de Cristo que, como sugere o professor Kotsiris, pode ser considerado o primeiro caso antitruste relatado.

Naquela época, em Atenas, a liberdade de comércio e a concorrência eram regra geral, em consequência de os indivíduos serem livres para se engajarem na atividade comercial, a menos que a política pública o restringisse.

Para Atenas, a oferta de milho e trigo era especialmente vital devido ao seu pequeno território e seu pobre solo, quando comparado com sua população, o que deixava a oferta de milho dependente das importações realizadas pelos atacadistas e varejistas. Para proteger o povo de conspirações especulativas e de acordos entre os comerciantes e todos os demais envolvidos no comércio de grãos havia um complexo conjunto de leis e regulamentos: o único produto agrícola com exportação permitida era o azeite de oliva; a importação de cereais era facilitada por lei sendo proibido a qualquer ateniense transportar grãos se não fosse com direção a Atenas, ou até mesmo, emprestar dinheiro para financiar o transporte de grãos que não fosse dirigido a Atenas; os importadores eram proibidos de armazenar mais do que um terço de cada carga e obrigados a vender no mercado ateniense os dois terços restantes; para prevenir o monopólio de grandes estoques a lei proibia expressamente que qualquer comerciante comprasse mais do que 72 bushels de grão; a lei limitava, ainda, e margem de lucro dos comerciantes.

O negócio de grãos como um todo era supervisionado por funcionários públicos: o mercado atacadista por dez superintendentes e o varejista por dez membros do Comitê de Comissários do Grão cuja missão era verificar se o grão era ofertado a preços razoáveis, que os millers vendiam os barley meal a preços proporcionais ao do barley e que os padeiros vendia o pão a um preço proporcional ao do cereal e com o peso prescrito pelos Comissários.

5 Vide Gavil, Andrey I., An Antitrust Anthology, Washington, Anderson Publishing Co., 1996, capítulo I, "Antitrust

Prehistory", p. 1

Com este aparato legal o comércio de grãos era acompanhado em todo seu processo até as mãos do consumidor final. A pena por violação da Lei era a morte e, o risco de ser pego e processado era grande, devido a existência de informantes que tinham com recompensa uma eventual propina ou, um prêmio específico pela delação. No inverno de 388-387 a.C. as condições de oferta estavam bem piores do que o normal fazendo com que os varejistas competissem entre si pelo grão, aumentando seu preço e em consequência o do pão.

Um comissário alertou então que eles não deveriam competir por grãos, de forma a comprá-lo a preços razoáveis, visando baratear o preço do pão para os consumidores. Seguindo esta orientação os varejistas formaram uma espécie de associação e acordaram em cessar a competição. Em consequência os preços caíram; ao invés de usarem a queda de preços para beneficiar os consumidores, repassando o grão com lucros justos e de acordo com a Lei, eles preferiram comprar e estocar grandes quantidades. Os rumores de guerra, bem como os boatos inventados pelos comerciantes acerca de perdas de navios, bloqueio de portos ou interrupção de rotas, fizeram os preços subirem, aumentando os lucros dos comerciantes bem acima do limite legal. Estes fatos se repetiram no inverno seguinte.

A trama dos comerciantes de grãos foi revelada, provavelmente pelos importadores que se sentiram lesados. O caso foi levado ao Senado que, frente ao furor popular, quis executar os acusados sem julgamento, mesmo sem o devido mandato para impor penas de morte, prevista para esta ofensa. O caso teria de ir a corte. Durante os depoimentos preliminares frente ao Senado, os acusados admitiram os fatos, mas tentaram, ao mesmo tempo, repassar a culpa para o comissário, argumentando terem seguido suas ordens. O Senado sustentou a acusação e o caso foi levado a corte heliástica de julgamento. Na corte, as mesmas acusação e defesa foram apresentadas.

Na corte, o promotor rebateu a defesa argumentando que eles haviam recebido apenas uma recomendação de um único comissário e, não uma ordem do comitê como um todo. Ele chamou o próprio comissário como testemunha que argumentou que a recomendação era para que agissem contra os importadores, comprando os grãos em comum, mantendo baixo seus preços. Essa recomendação de comprar conjuntamente, segundo o promotor, foi transfor-

mada pelos acusados em uma ordem para comprar acima do normal e de várias fontes, tornando escassa a oferta de grãos. A alegação dos acusados de que haviam obedecido a uma ordem, mesmo sendo verdade, não justificaria sua prática ilegal. Assim sendo, argumentou o promotor, a lei deveria se aplicada sem distinção a ambos: aos que a violaram e a quem ordenou a infração.

*O promotor, antecipando-se à defesa baseada na compensação, ou seja, que os acusados teriam agido de boa fé para manter os preços dos grãos baixos e vendê-los ao povo mais barato, afirmou que ela não se sustentava: porque os comerciantes estavam vendendo os grãos por seis vezes mais o lucro legal; porque é sabido que os comerciantes de grãos evitam contribuir para o bem comum quando um sacrifício especial é necessário; e, porque os comerciantes de grãos estavam agindo em desafortúnio da cidade. As fontes não revelam o veredicto, mas resta pouca dúvida que o resultado foi a condenação dos acusados.*⁶

Este episódio, mais do que uma ligação entre ontem e hoje no que diz respeito à análise antitruste, nos revela que seu fundamento encontra-se na defesa do interesse comum. A interpretação de como o interesse comum estará mais bem defendido dependerá do momento histórico, do desenvolvimento econômico, social, político e cultural. Evidentemente que a *common law* inglesa e sua aplicação na América sofreu muitas mutações ao longo dos séculos antes de vir a ser o fundamento da defesa da concorrência americana:

“... [E]m cada momento do tempo [ela] refletiu as teorias e as políticas então preferidas pela sociedade da época e mudou tão radicalmente como mudaram aquelas teorias e políticas... [Ela] nem sempre defendeu a liberdade de comércio e a abolição do monopólio. Por um longo período ela fez o contrário... Mudanças na common law são mudanças nas atitudes dos juízes e dos advogados; teria sido admirável se eles tivessem permanentemente se oposto ao monopólio quando o resto da comunidade não conhecia a palavra e considerava-o um fenômeno natural ou desejável. Teria sido estranho se os advogados tivessem promovido políticas de laissez-faire séculos antes de qualquer funcionário público ou economista tivesse

6 Kotsiris, Lambros E., “An Antitrust Case in Ancient Greek Law, in International Law, 1988 Vide Gavil, Andrey I., An Antitrust Anthology, Washington, Anderson Publishing Co., 1996. Tradução livre, resumida e adaptada, razão pela qual evitaram-se aspas.

*advogado ou falado sobre isto e que tivessem continuado seguindo-as depois que elas foram abandonadas ou negadas pelo resto da sociedade”.*⁷

Ainda segundo Letwin, o primeiro passo da *common law* para a moderna *common law* contra o monopólio foi dado em 1603, quando decidiu que uma corporação legal seria inválida se criasse um monopólio. Isto ocorreu num caso em que em que o monopólio para importar e manufaturar baralhos de cartas foi declarado ilegal, mesmo tendo sido garantido pela Rainha Elizabeth. Este foi um episódio típico de uma decisão contra um monopólio que impedia (por uma patente real) outros indivíduos de participarem de um negócio. Uma série de outros casos ao longo do século XVII mudou radicalmente as decisões judiciais a respeito dos monopólios de patentes reais, mas mesmo assim, a *common law* continuou na sua essência protegendo-os, ainda que com menos fervor, à medida que a influência do liberalismo crescia. Alguns desses controles monopolistas, restringindo o comércio através de licenças exclusivas, foram ao final legalmente abolidos apenas no século dezenove. E, isto só foi possível com o declínio do poder das corporações (guildas), e a crescente simpatia para com os sindicatos de trabalhadores, a quem não se poderia negar o acesso ao trabalho.

Ao longo de todos os casos mais antigos de monopólio, condenados pela *common law*, a objeção era de que eles favoreciam a elevação dos preços. Vale dizer, a *common law* não favorecia a liberdade de preços mas sim preços baixos e aceitava que todos os preços importantes fossem fixados por políticos ou autoridades das corporações (guildas). A alta de preços era tratada como uma maquinação diabólica dos negociantes que só pensavam em aumentar seus lucros. No século XIII, um estatuto proibia monopólios que buscassem concentrar o comércio de mercadorias (*forestalling*), a compra no atacado para vender no varejo a preços exorbitantes (*engrossing*), e a compra de plantios antes da colheita (*regrating*).

Esses controles contra o livre comércio só foram abolidos em 1772 por uma Lei aprovada na Câmara dos Comuns. A alegação usada foi de que tais controles desencorajavam o crescimento da produção de cereais, gado, etc., e contribuía apenas para o aumento dos seus preços. Era o triunfo do

7 Letwin, William, “Law and Economic Policy in America: the Evolution of the Sherman Anti-trust Act”, citado por Gavil, Andrey I., *An Antitrust Anthology*, op. cit., Este artigo baseia maior parte da história do surgimento do Sherman Act, aqui relatada

livre comércio, que foi sacramentado em 1844 pelo Parlamento inglês. Portanto, as decisões judiciais (*common law*) contrárias ao livre comércio, que alguns tentaram identificar como a origem da moderna lei antitruste, não tinham, de fato, este caráter. Elas eram estreitas, já que aplicáveis principalmente a produtos alimentares; eram parte de um programa para regular todas as atividades econômicas; e, tinham o apoio dos monopolistas, no caso, os que comandavam os mercados, pois se constituíam numa útil proteção para os seus interesses.

Com o primeiro Trades Union Act em 1871, e com o Combination Act em 1875, terminaram as restrições quanto a combinações de trabalhadores, desde que elas servissem para resolver disputas laborais e para negociar horas e condições de trabalho. Em torno de 1890, pouco sobrava da *common law* inglesa original contra os monopólios. Se fosse para ser feito algo para restringir os monopólios, a *common law* teria que ser mudada ou uma legislação adicional teria que ser implementada para remediar sua fraqueza.

Esta legislação viria a surgir nos Estados Unidos da América entre os anos de 1831 e 1890. Inicialmente a jurisprudência das cortes dos de 21 estados confederados que aplicavam as respectivas legislações antitruste estaduais, foram a base para as decisões da corte federal. Posteriormente, as decisões da corte federal passaram a ser informadas pelo Sherman Act, cujos fundamentos derivam muito mais da jurisprudência dos próprios estados americanos do que da *common law* inglesa.⁸

Comparativamente ao que a *common law* inglesa tratava como restrição ao comércio, a *common law* americana tinha uma distinção bem estabelecida sobre o que era ou não razoável e a aplicava de forma estrita. Esta distinção estava associada à política pública, ou ao interesse público, ou, ainda, ao bem-estar comum. E, não era esperado que qualquer juiz fizesse desses conceitos uma interpretação corrupta ou desonesta. Estes conceitos estavam enunciados na própria jurisprudência da *common law* americana, enraizada no dogma da liberdade natural, infundida na *common law* americana no século XIX.

Assim é que o interesse público requeria a expansão da produção e do comércio. Isso só seria possível se fosse garantida a liberdade de contratos privados e da propriedade privada, conceitos advindos da doutrina liberal.

8 Ver Sklar, Martin J. *The Corporate Reconstruction of American Capitalism*, 1988, pp. 93-105, citado por Gavin, op.cit., pp. 14- 17, onde o restante desta seção está baseada.

Portanto, se as restrições ao comércio não restringissem a produção de bens e serviços, ou não aumentassem seus preços a um nível considerado perigoso para o bem-estar, ou, ainda, não impedissem alguém de entrar em um negócio, elas eram consideradas razoáveis e não seriam contestadas pela corte.

No referente à monopolização ou tentativa de monopolização, a *common law* inglesa preocupava-se, como foi visto, com dois aspectos: o monopólio por patente real e a tentativa de monopolizar o comércio de mercadorias (forestalling, engrossing e regrating). No primeiro caso, isso se tornou passado na Inglaterra apenas no século dezenove, enquanto na América nunca foi relevante no período pós-independência. No segundo caso, na Inglaterra, o estatuto legal foi abandonado em 1772, mas se manteve vivo até 1844; nos Estados Unidos, por sua vez, isto nunca chegou a ser significativamente relevante, em vista, talvez, do tamanho do seu território e, portanto, da extensão de seu mercado.

Portanto, monopolizar ou tentativa de monopolizar, passou a significar, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, ao final do século XIX, a ação de uma pessoa ou grupo de pessoas ou uma empresa, de evitar ou tentar evitar que outros viessem a entrar ou competir em um mercado ou tipo de negócio, com vistas a controlar a oferta e os preços. Assim, um contrato ou acordo que não tivesse esse objetivo não seria contestado pelas cortes. Também não o seria, a aquisição de outras firmas, desde que no curso de sua expansão normal ou de busca por maior eficiência, bem como, se a empresa se expandisse por seus próprios méritos e eficiências.

A *common law*, portanto, não teve como objetivo restringir a concorrência, protegendo os competidores mais fracos ou os ineficientes dos mais fortes ou mais eficientes. Ao invés disso, no século XIX ela objetivou resguardar o direito dos indivíduos de livremente entrarem nos mercados e realizarem negócios e deixar que o livre jogo das forças de mercado determinasse o resultado.

3. A PRÉ-HISTÓRIA E O PASSADO LONGÍNQUO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A defesa da concorrência no Brasil não tem, ainda, a mesma relevância que tem para os americanos; à abundância de estudos históricos que lá são feitos em torno dessa questão, opõe-se, em magnitude, a sua escassez entre nós. Provavelmente, alguma dedicação dos apaixonados por essa matéria a pesquisa histórica poderá revelar casos tão interessantes e úteis ao estudo da formação da personalidade brasileira em torno dessa questão, como os vistos anteriormente para a Inglaterra e os Estados Unidos da América.

Não sendo um especialista na pesquisa histórica, peço licença aos meus colegas que o são, para revelar uma pequena antiguidade, uma pequena peça, desse quebra-cabeça, cujo relato, que aos poucos o montará, nos permitirá entender o que se constitui hoje nossa concepção da defesa da concorrência.⁹

ALVARÁ – DE 5 DE NOVEMBRO DE 1808

Eu o príncipe regente faço saber aos que este Alvará virem que tendo eu atendido ao importantíssimo objecto da saúde de meus fiéis vassallos, e tendo sido publicada pelo Alvará de 7 de janeiro de 1794 a Pharmacopéa geral para os meu Reinos e Domínios fosse uniforme a preparação e composição dos medicamentos, e deste modo se prevenissem e evitassem os descuidos e enganos, e faltas da necessária cautela em tão interessante artigo ; havendo já decorrido longo tempo, sem que se regulassem os preços dos medicamentos nestes Estados do Brazil, e havendo na Pharmacopéa geral do Reino uma regra fixa e já autorisada, afim de só fazer com toda a segurança um semelhante regulamento, para obviar os prejuízos e damnos da falta do Regimento de preços dos remédios resultam à minha Fazenda e à dos meus vassallos ; houve por bem de meu real serviço encarregar o Doutor Manoel Vieira da Silva, do meu Conselho, e Physico Mór do Reino, que, conferindo com dons boticários dos intelligentes e próprios, quaes elle nomeasse, procedesse a taxar o preço dos medicamentos e drogas para regra dos boticários. E sendo-me presente o dito Regimentos por elle ordenado, e achando que é segundo as minhas reaes intenções e determinações, sou servido mandar a este respeito o seguinte:

I. Que todos os Boticários de meus Reinos sejam obrigados a vender seus medicamentos pelas taxas no Regimento determinadas, sem abatimento da terça parte, ou da metade da somma das receitas que o costume tem introduzido, por circumstancias que presentemente não ocorrem ; e porquanto desta quase necessidade de fazer seme-

9 O texto de Lei que se segue me foi mostrado pelo atual Advogado Geral da União, Dr. José Bonifácio de Andrada, dias após o governo ter enviado ao Congresso Nacional a Medida Provisória que reinstituiu o controle dos preços medicamentos; nosso comentário, que participáramos desse lamentável erro, foi que não havíamos evoluído muito desde então.

lhantes abatimentos, podem facilmente originar-se abusos de substituições dollosas e damnosas à saúde de meus vassallos, e commetter-se faltas essenciaes nas composições dos remédios; hei por abolido este costume e mando aos Julgadores e Justiças de meus Reinos que, nos casos de sua competência, assim mesmo julguem e façam executar da publica;cão deste Alvará em diante, conforme o tempo, e era declarada no Regimento ; condemnando aos boticários, que taes abatimentos fizerem, no dobro da importância dos ditos abatimentos, a metade para o accusador, e a outra metade para o hospital mais visinho, em razão da má fé que destes abatimentos de somma se deve presumir, sendo, como são, os preços racionalmente taxados.

II. Que em atenção à variedade dos perços da drogas medicinaes, segundo a alternativa dos tempos e do commercio, o dito Physico Mór, proceda à reforma, em cada um dos annos, do dito Regimentos, alterando os preços nesta conformidade, e da mesma maneira que lhe foi determinado, emquanto eu não for servido mandar o contrario ; e não publicando porem a reforma sem prévia licença minha.

III. Que cada um dos boticários tenha um exemplar do dito Regimento dos preços dos medicamentos para seu governo assignado pelo sobredito Physico Mór e pelo boticário da minha real casa, da mesma forma, e com as mesmas declarações, que já se mandou, e sem tem praticado na Pharmacopéa geral, para que tenha o devido vigor ; que nos frontespicio delle se declara a era a que pertence, para regular as sommas das receitas do tempo, que lhe for correspondente ; e que nas visitas das boticas se inquirá quanto sobre este particular se julgar necessário ; e das faltas se tome conhecimento, para se imporem aos delinqüentes as penas que em outro logar estão determinadas.

IV. Que as advertências relativas ao modo de algumas sommas de medicamentos que no mesmo Regimento não vão declaradas, se observem como nellas se contém ; e que este Alvará e ditas advertências se reimprimam nos exemplares do Regimento que mando formar em cada um anno.

V. Que os boticários do interior destes Estados, por isso que ficam em grandes distancias dos portos do mar, e em razão de transportar por terra os medicamentos, lhes chegam muito mais caros, serão

obrigados a pedir pelos medicamentos mais uma quinta parte dos preços determinados neste Regimento, ficando sujeitos às mesmas penas já determinadas.

VI. Serão os boticários obrigados a mostrar no Regimento a taxa dos medicamentos que venderem, a todas as pessoas que o quizerem ver e assim lho requererem.

Pelo que mando à Mesa do Dasembargo do Paço, e da Consciência e Ordens ; Presidente do meu Real Erário ; Regedor da Casa de Supplicação do Brazil ; Governador da Relação da Bahia ; Governadores e Capitães Generaes e mais Governadores do Brazil e dos meus domínios Ultramarinos ; e a todos os ministros de Justiça e mais pessoas, a quem pertencer o conhecimento e execução deste Alvará, que o cumpram e guardem e façam inteiramente cumprir e guardar, como nelle se contém, não obstante quaesquer Leis, Alvarás, Regimentos, Decretos ou Ordens em contrario ; porque todos e todas hei por derogadas para este effeito somente, como se dellas fizesse expressa e individual menção, ficando aliás sempre em seu vigor ; e este valerá como Carta passada pela Chancellaria, ainda que por ella não há de passar, e que seu effeito haja de durar mais de um anno, sem embargo da Ordenação em contrario ; registrando-se em todos os logares onde se costumam registrar semelhantes Alvarás. Dado no Palácio do Rio de Janeiro em 5 de Novembro de 1808.

PRINCIPE com guarda.

D. Fernando José de Portugal

Alvará qual Vossa Alteza Real há por bem determinar varias providencias sobre os boticários e sobre os preços das drogas, na forma acima exposta.

Para Vossa Alteza Real ver.

Joaquim Antonio Lopes da Costa o fez.

O Alvará, passados 200 anos, contém tudo que contém a Medida Provisória de dezembro de 2000, posteriormente Lei 10.213, de 27 de março de 2001. Estabelece o tabelamento de preços, o reajuste anual, a exigência da exibição da tabela, os procedimentos de fiscalização, as penalidades e as exi-

gências usuais da defesa do consumidor de atender aos pedidos dos consumidores para que exibam o regimentos com a taxa dos medicamentos.

Deixando nossa pré-história, sem comentários adicionais, passemos ao que pode ser identificado, comparativamente com os Estados Unidos, como nosso passado longínquo da história da defesa da concorrência. Ele se inicia em 1945, ano que marca o início de um processo acelerado de industrialização no Brasil. O desenvolvimento brasileiro se fez sem muita preocupação com as questões relativas a concorrência. No primeiro período, que vai de 1945 a 1964, à semelhança da Europa do pós-guerra, o governo aprofundou sua intervenção na economia tornando-se monopolista em infraestrutura de serviços (transportes, comunicações, energia elétrica) e em indústrias estratégicas, quer criando novas empresas estatais, quer estatizando as existentes nas áreas de mineração em geral, siderurgia e refino de petróleo, que se tornaram monopólios por lei.

Foi formada uma tríplice aliança, cuja conformação se tornaria aos poucos explícita. O governo ficou responsável pelos investimentos de longo prazo de maturação, nos setores, acima mencionados, em que se tornou monopolista. As empresas estrangeiras se encarregaram dos setores intensivos em capital e tecnologia, produtores principalmente de bens duráveis de consumo. E, ao capital privado nacional coube os setores de menor intensidade tecnológica, produtores de bens não-duráveis de consumo.¹⁰

O capital estrangeiro que se instalou no Brasil trouxe um padrão tecnológico baseado em economias de escala apropriado para o mercado de massa de países desenvolvidos. Este padrão se adequou ao pequeno mercado brasileiro concentrando fortemente a produção de bens duráveis de consumo e dos bens intermediários usados na sua produção. Adicionalmente, estes setores industriais, com base na teoria da indústria nascente, foram protegidos da competição externa com altas tarifas.

Portanto, as indústrias mais dinâmicas foram instaladas no Brasil com uma estrutura oligopolizada e protegida por altas tarifas da contestação das importações. Nenhuma preocupação relativa à concorrência teria sido política ou economicamente possível de ser levantada. Por sua vez, a indústria nacional, embora também a salvo da competição externa, tinha uma estrutura

10 Cf. Maria da Conceição Tavares & José Serra, "Além da Estagnação", in M. C. Tavares, *Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro* (Rio de Janeiro, Zahar, 1972), pp. 153-208. Esta divisão de trabalho está bem documentada in Fernando Fajnzylber, *Sistema Industrial e Exportação de Manufaturados* (Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1972).

bem mais competitiva: suas plantas tinham menor escala o que a fazia menos concentrada. A proteção tarifária se justificava por sua baixa produtividade e atraso tecnológico.

Embora não houvesse qualquer preocupação com o processo concorrencial, algumas questões relativas a abuso de preços foram levantadas. De fato, desde 1934, o governo, através do decreto 24.150, que estabeleceu o Código de Águas, passou a intervir na formação dos preços, determinando índices para o reajuste de aluguéis e tarifas de energia, o que, à época, ainda era uma atividade privada. Esta ação foi ampliada durante os anos 50 pela promulgação da Lei 1521, que regulou a intervenção do governo na economia, e a Lei 1522 que tornou crime contra a economia popular o descumprimento de tabelas oficiais de preços de bens e serviços essenciais. Foi também criada a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP) encarregada da aplicação do controle de preços.¹¹

Mesmo com enorme poder a COFAP foi mal sucedida no cumprimento de suas tarefas e por isso foi extinta. Simultaneamente foi substituída pela Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), criada de acordo com a Lei Delegada no. 5 e tendo suas atribuições estabelecidas pela Lei Delegada no. 4, ambas as leis de 26 de setembro de 1962.

O primeiro sinal de alguma preocupação com a defesa da concorrência foi a criação do Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) através da Lei 4.137 de 10 de setembro de 1962. A Lei regulou o abuso de poder econômico, tal como competição desleal, especulação abusiva, colusão e acordos entre competidores, aumento abusivos de preços, etc.

Apesar do controle de preços, a inflação foi um fato comum ao longo da industrialização brasileira: durante o seu primeiro período (1939-50) o custo de vida cresceu cerca de 10% em média ao ano; durante o segundo período (1950-61) essa taxa acelerou para 20% de média anual. Seguindo-se a desaceleração e a crise política iniciada em 1961, a inflação iniciou uma trajetória explosiva e os preços cresceram 52% ao ano, em média, durante o período 1961-64, alcançando em 1964 a taxa de 87%.

Em 1964 o golpe militar instalou uma política econômica de cunho monetarista que restringiu o crédito, as despesas públicas e controlou salários

11 A maior parte da história do controle de preços no Brasil está baseada em Milton da Mata, "Controles de preços na economia brasileira: aspectos institucionais e resultados," in Pesquisa e Planejamento Econômico vol. 10 no. 3 Dez 1980, pp.911-54.

e preços. A inflação caiu para uma taxa de 24% em 1967.¹² Contrariamente às idéias dessa equipe econômica, mas, provavelmente, devido à ditadura militar, iniciou-se uma forte intervenção estatal em todas as áreas da economia: foram criadas várias empresas estatais para complementar a estrutura industrial, bem como a financeira, o que possibilitaria o financiamento do sistema de habitação, a agricultura e a consumo de bens duráveis.¹³

Buscando ampliar o combate à inflação, além da apertada política monetária e fiscal seguida, o governo decidiu adotar em 23 de fevereiro de 1965 um sistema espontâneo de controle preços (Portaria Interministerial, GB 71). Em compensação pela adesão espontânea foram oferecidas vantagens fiscais e creditícias às empresas que adotassem aumentos moderados de preços. Uma Comissão Nacional para a Estabilização de Preços (CONEP), foi criada para ficar responsável pela aplicação desta política, cujo processo era bastante simples. Um número considerável de firmas aderiu ao esquema representando cerca de 70% do valor das vendas do mercado doméstico de produtos industriais.¹⁴

O segundo governo militar iniciou em 1967 uma forte política expansionista e continuou mantendo o controle de preços e salários. Entretanto, ao invés de espontâneo, o governo tornou o controle de preços compulsório. Pelo Decreto 61.993 de 28 de dezembro de 1967, virtualmente toda a indústria manufatureira, à exceção da de bens de capital por encomenda, de madeiras, couros, vestuário e calçados, estava sujeita a aprovação prévia pela CONEP de qualquer aumento de preços. Além disso, tornou o controle de preços, que era provisório, permanente, até que a inflação desaparecesse.¹⁵

12 Para uma análise da política de estabilização do período 1964-71, vide A. Fishlow, "Some Reflections of Post-1964 Brazilian Economic Policy", in A. Stepan, Ed., *Authoritarian Brazil* (New Haven, Yale University Press, 1973), pp. 69-118. V. também A. C. Sochaczewski, "Financial and Economics Development of Brazil, 1952-1968" (The London School of Economics and Political Science, Ph.D. dissertation, 1980).

13 Em 1991, quando se iniciou a privatização no Brasil, o governo era proprietário de mais de 800 empresas em todos os setores da economia sendo que, a maioria delas, foi criada ou incorporada pelo poder público, durante os governos militares.

14 Cf. Dionísio D. Carneiro Neto, "Política de Controle de Preços Industriais – Perspectiva Teórica e Análise Institucional da Experiência Brasileira", in *Aspectos da Participação do Governo na Economia, Série Monográfica* (Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1976), n o. 26, pp. 135-74, citado por Milton da Mata, *op.cit.* p.919

15 A ironia da história é que maior parte do controle de preços no Brasil seria abandonada em 1992 exatamente por estar distorcendo a estrutura de preços relativos durante a aceleração da inflação.

A economia recuperou-se vigorosamente e cresceu em média 10% ao ano com a inflação sendo mantida em torno de 25% ao ano. O quadro que emergiu em 1974 dessa política de contínuo crescimento a altas taxas foi bem similar àquele das economias desenvolvidas em termos de produção e consumo de bens duráveis. Entretanto, muitas distorções foram criadas ou aumentadas, notadamente os desequilíbrios regionais e desigualdade na distribuição de renda

Para este artigo, o fato mais importante dessa política foi o alargamento do controle de preços que iria perdurar até 1994. A política de industrialização seguida, baseada na transferência de tecnologia altamente intensiva em capital, um recurso escasso no Brasil, num mercado pequeno comparativamente àquele de sua origem (os países desenvolvidos), e fechado à contestação de importações (tarifas altas para proteger a indústria nascente) não poderia mesmo dar muita atenção à questão da concorrência. De fato, houve uma política deliberada de atração de grandes empresas estrangeiras que, ou montaram novas empresas ou adquiriram pequenas firmas brasileiras; analogamente, ocorreu uma política deliberada de concentração do sistema financeiro.¹⁶

Além disso, o governo, após analisar várias experiências de controle de preços e baseando-se no sistema francês,¹⁷ concluiu ter a CONEP uma estrutura inadequada para essa nova fase. Foi, então, criado o Conselho Interministerial de Preços (CIP) que passou a examinar previamente os preços de novos produtos e os reajustes dos existentes, através de regras detalhadas e complexas, representando uma intervenção do governo sobre a administração das empresas, inimagináveis numa democracia.

A punição por não seguir as regras estabelecidas era o corte de crédito a ser aplicado pelo Banco Central. Para requerer aumentos de preços, as empresas eram obrigadas a revelar suas planilhas de custos, com pouca garantia de que elas não seriam repassados aos seus competidores. Além das distorções de preços relativos geradas, o controle de preços levantou muitas suspeitas de corrupção sobre os funcionários do CIP.¹⁸

16 Cf. Maria da Conceição Tavares, Luiz Otávio Façanha and Mário Luiz Possas, "Estrutura Industrial e Empresas Líderes" (Rio de Janeiro, FINEP, 1978), mimeo.

17 V. Relatório de J.F. Pécora ao Ministro da Fazenda em 13 de Novembro de 1967, em M. da Mata, op.cit., p.920

18 Para uma análise abrangente da implementação do controle de preços pelo CIP no Brasil, ver Claudio R. Frischtak, "Regulação Estatal de Preços Industriais no Brasil: a

Para os objetivos deste artigo é importante chamar a atenção para o novo mecanismo de controle de preços agora operando. A regra básica do CIP para determinar o preço de um novo produto contemplava dois aspectos: a taxa de retorno do ativo operacional líquido para 4 a 6 anos, assumindo um utilização de capacidade de 80%. Se a capacidade ociosa ficasse acima de 20% o preço seria fixado de acordo com o preço de um produto similar fabricado pelos concorrentes. O objetivo do CIP, igual à de qualquer cartel, era estabilizar o preço de mercado. Não é demais lembrar que o CIP era também responsável por punir competição predatória, em particular *dumping*.

Para os produtos já existentes no mercado, a política de reajustes era baseada nos aumentos de custos, garantindo a estabilidade das margens de lucros e, portanto, cristalizando a estrutura de preços relativos. Além disso, esta regra era reforçada pela pequena freqüência dos reajustes concedidos e pela regra não escrita de evitar divergências substanciais de preços com produtos similares. O preços então tendiam a serem relativamente rígidos, bem como a participação de cada firma no total das vendas de seus produtos.

Baseado nessas regras de controle de preços, Cláudio Frischtak afirma que:

“...ao definir ou ratificar a liderança no setor industrial específico e ao tornar institucional o processo de sinalização dos preços, a ação do CIP reduziu o grau de incerteza do mercado oligopolista e o organizou, contribuindo para cristalizar uma determinada estrutura de mercado.”¹⁹

“Com respeito à identificação e ratificação do líder isto foi feito através de acordos setoriais que ao longo do tempo alargou o número de produtos e de firmas controladas. ... O CIP definia ele mesmo, ou junto com a associação ou sindicato setorial, as firmas que participariam do acordo, baseado em sua participação no mercado.

Ao organizar tais acordos, o CIP confirmava um situação de fato ou criava e legitimava um liderança ainda não aceita. E, não apenas isso: ao tornar a estrutura de custos daquelas firmas com representativas da indústria, para conceder um aumentos de preços de um grupo de produtores, o CIP estabelecia padrões de comportamento baseado nas possibilidades e necessidades da firma dominante.

experiência do Conselho Interministerial de Preços”, (DEPE/IFCH, Universidade de Campinas, Tese de Mestrado, 1980)

19 C. R. Frischtak, op.cit. p.176.

Um processo análogo, embora não explícito, era seguido na ausência de um acordo setorial: nesse caso o CIP tendia a focalizar em grandes firmas, líderes presumidos, assumindo que as outras firmas iriam naturalmente (ou pressionados pelas penalidades presumidas) seguir o reajuste da firma controlada. Este processo de controle de preços não apenas reforçou o papel da empresa líder, mas tornou-o institucional.

É possível que um setor específico já tivesse um certo grau de auto-coordenação; entretanto, dado o poder da função regulatória do Estado, o sinal era aceito pelo setor como um todo.”²⁰

Portanto, o controle de preços praticado pelo CIP não era apenas anticompetitivo ao promover a rigidez das participações de mercado; era muito mais danoso, porque: (i) promovia um processo concentrador ao prejudicar as firmas pequenas e menos competitivas; (ii) indicava o líder de mercado dando o sinal para acordos tácitos quando o controle de preços era exercido individualmente através da empresa dominante; (iii) quando era realizado um acordo setorial, não havia qualquer necessidade de se perseguir cartéis – ele era organizado pelo próprio governo. O CIP convocava reuniões de associações ou sindicatos de produtores e juntos discutiam custos e fixavam preços.

Provavelmente a interpretação pública da ação do CIP era de que este órgão estaria evitando abusos econômicos ao controlar preços, mesmo que ao fazer isto organizasse cartéis. Hoje em dia, esses cartéis seriam chamados de “cartéis bonzinhos” por alguns professores e pesquisadores universitários, e advogados de escritórios especializados, militantes na área de defesa da concorrência no Brasil.²¹

A questão que se coloca é: qual o significado da existência do CADE nesse ambiente?²²

20 Claudio Frischtak, op.cit., pp. 176-77.

21 Não se trata de uma piada. Durante uma mesa redonda, no seminário anual do IBRAC (Instituto Brasileiro da Advocacia da Concorrência), em Campos do Jordão em dezembro de 2000, alguns participantes protestaram contra os Secretários da SE-AE/MF e da SDE/MJ, por estes terem anunciado a intenção de tornarem cartel um crime per se reforma que se pretendia introduzir na Lei 8884 que ali se estava apresentando e discutindo. De acordo com a alegação de alguns presentes poderia haver cartéis que trouxessem benefícios (cartéis bonzinhos) e que portanto deveriam ser analisados pela regra da razão.

22 Cf. Milton da Mata, op.cit. p. 917, de acordo com as notícias de jornais, apenas quatro firmas foram punidas pelo CADE por abuso do poder econômico.

Viu-se como a prática do controle de preços tornou usual a reunião de empresários com o

governo, para fixar preços e o papel relevante que as associações e sindicatos empresariais passa a ter nesse processo. Muito já se escreveu sobre o papel que essas associações e sindicatos teve durante a industrialização no sentido de obter do governo políticas econômicas protecionistas.²³ As poucas existentes no primeiro período da industrialização, durante o governo Vargas (1930- 45), eram todas associações oficiais e se beneficiavam das contribuições do Estado. Eram federações estaduais agrupadas na Confederação Nacional da Indústria (CNI). As federações mais importantes pertenciam aos dois principais estados industriais: a FIESP em São Paulo e a FIRJ e depois FIRJAN no Rio de Janeiro. Havia ainda cerca de 160 sindicatos de produtores cuja principal função era negociar acordos salariais coletivos com os sindicatos de trabalhadores junto ao Ministério do Trabalho e na justiça trabalhista.²⁴

A CNI e as federações estaduais agiam pesadamente para obter proteção tarifária progressivamente maior, proteção cambial e controle de importações. Eles também manobravam para que fosse construída uma indústria de base (metalurgia de aço e cimento). Seus objetivos foram principalmente dirigidos para proteger o mercado doméstico e promover o capital privado nacional. Esse tipo de atuação continuou durante o governo Dutra e durante o segundo governo Vargas.

Em 1955, com a posse do novo presidente Juscelino Kubitscheck, as associações tiveram diminuída sua influência, em razão da política de internacionalização da economia. Contrabalanzando eventuais resistências, Kubitscheck ativou alguns setores industriais (construção, materiais de transportes, elétricos e eletrônicos e a indústria automotiva) o que criou condições de muitos novos empreendimentos. As novas medidas na área cambial (instruções 112 e 113 da SUMOC) deram vantagens a indústria doméstica. Com o Plano

23 Um livro básico nesta área é o de Maria Antonieta P. Leopoldi, *Política e Interesses na Industrialização Brasileira – as associações industriais, a política econômica e o Estado* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980). Se não houver outra citação a maior parte da história dessas associações, baseia-se neste livro.

24 Eli Diniz and Renato Boschi, “Globalização, herança corporativa e a representação dos interesses empresariais; novas

configurações no cenário pós-reformas”, In Renato Boschi, Eli Diniz and Fabiano Santos, *Elites Políticas e Econômicas no Brasil Contemporâneo* (Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2000)

de Metas, extinguiu-se qualquer resistência por parte das federações industriais e também provocou-se uma mudança na forma dos industrialistas atuarem: eles foram integrados aos grupos executivos da indústria junto com os funcionários públicos, influenciando a política macroeconômica nacional e isolando-se de sua política tradicional e das pressões regionais. Inicia-se, então, a proliferação de associações paralelas organizadas por setores específicos da indústria para defenderem seus interesses nos grupos executivos que, dependendo dos conflitos de interesse, se uniam ou não no âmbito das federações estaduais.

Após um período de incerteza que vai da posse do novo presidente Jânio Quadros (1960) até o início do período militar em abril de 1964, tudo mudou. O governo militar interveio em todos os aspectos da vida política brasileira, reduzindo a importância da classe política, incluindo a capacidade política de estruturas corporativas da indústria de influenciar a política econômica. Com isso, a atuação das federações industriais estaduais e das associações paralelas de setores industriais específicos tornou-se microeconômica: como já foi visto anteriormente, elas foram chamadas para discutir salários e preços com o governo, no âmbito do CIP.

Nessa nova função surgiram centenas de novas associações paralelas: das 277 associações paralelas existentes em 1987, 77% delas foram criadas após 1964.²⁵ Elas são especializadas segundo tipos de bens ou serviços que produzem. Algumas empresas pertencem a mais de uma associação e existem associações rivais que produzem bens ou serviços similares. Diniz & Boschi atribuem à rápida industrialização daquele período militar, o fato de 34% das associações terem sido criadas entre 1964 e 1978. Ao mesmo tempo, atribuem ao processo de democratização o fato de 43% daquelas associações terem sido criadas entre 1979 e 1987, um período de recessão econômica. Esta é uma tese difícil de se sustentar; ou seja, o intenso processo associativo durante ditadura militar se explica pela rápida industrialização sem liberdade política e o mesmo fenômeno se explica pela redemocratização durante um período recessivo. O que de fato é comum a todo esse período é o controle de salários e preços com a participação intensa e decisiva das associações paralelas de produtores. Ou seja, é razoável atribuir a proliferação das associações paralelas, à forma como o controle de preços foi aplicado no Brasil.

25 Diniz & Boschi, op.cit., pp. 29-30. De acordo com a CNI, existiam em meados de 2001 cerca de 300 associações paralelas importantes. Seria necessária uma pesquisa mais detalhada para verificar o número exato delas, já que muitas não são registradas nem nas federações estaduais, nem na CNI.

Como foi visto anteriormente, as firmas e suas associações reuniam-se com o governo para discutir custos e reajustes de preços. Nesse ponto, podemos ir além da afirmação de Frischtak, sumariada acima. O controle de preços não apenas organizou e estabilizou os preços dos oligopólios para reduzir a inflação; foi muito além disso: organizou uma estrutura de funcionamento de cartéis ao acostumar os empresários a se encontrarem, discutirem custos e acordarem sobre salários e preços.

Como nos ensinou Adam Smith, em 1776, em seu livro *A Riqueza das Nações*:

“Pessoas do mesmo tipo de negócio freqüentemente se encontram, mesmo que para conversarem de amenidades e se divertirem, mas a conversa termina numa conspiração contra o povo ou alguma combinação para aumentar preços. Legalmente é impossível evitar que isso ocorra sem atentar contra a liberdade e a justiça. Embora, seja legalmente impossível evitar esses encontros, a lei não deveria facilitar essas reuniões, muito menos torná-las necessárias”.

No Brasil as associações de produtores não tiveram qualquer preocupação em disfarçar essas reuniões, nem em desperdiçar seu tempo falando de amenidades. O próprio governo facilitou esta tarefa para os empresários brasileiros: o controle de preços e as ações para aplicá-lo facilitou aquelas reuniões e as discussões de preços e salários entre eles. De fato, ainda hoje, eles continuam a se encontrar em suas associações e sindicatos para conversar sobre preços e salários, mesmo após o fim do controle de preços no Brasil. Tem sido inúmeros os casos de cartéis investigados, cuja origem foram reuniões ou atas de associações ou sindicatos de classe empresarial, e cuja fórmula para fixar e variar preços se assemelham àquelas utilizadas pelo CIP.

A história da concorrência no Brasil continuou, assim, sendo uma história da não concorrência. O controle de preços continuou ao longo do resto do período dos governos militares e também ao longo de processo de redemocratização iniciado em 1984, sob a mesma justificativa: “se os preços forem liberados de uma hora para outra, uma explosão inflacionária é inevitável”. De fato, comprova-se que o CIP passou a atuar a partir de 1976 de forma bastante burocrática e bastante generosa com o setor industrial, permitindo o repasse pleno de custos e a apropriação dos ganhos de produtividade pelas empresas. Conclui-se isso ao verificar-se que os preços controlados evoluíram na mesma intensidade do que os preços dos setores não controlados.²⁶ Portanto, o CIP continuou a promover o acordo de preços e salários entre empresas,

26 Cf. Milton da Mata, *op. cit.* p. 948.

sem qualquer resultado em termos de redução de preços, mas sim, apenas, tornando-os homoganeamente altos.

Ao final do governo militar e nos dois anos iniciais da redemocratização, embora o CIP continuasse a existir, não foi muito bem sucedido na sua missão de controlar preços. O que mais se poderia dizer deste conselho se a inflação inicia uma espiral ascendente e explosiva após a segunda crise do petróleo em 1978, passando a ser de 200% em 1981, chegando em 1985 aos assombrosos (mais tarde se descobriria modestos) 500%?

O CIP voltou a se tornar ativo em 1986 com o início de uma série de planos de estabilização; voltou-se a fazer uso da então esquecida Lei Delegada no. 4 para caçar boi no pasto, quando o controle de preços do plano Cruzado de estabilização provocou um desabastecimento generalizado. Foram seis as tentativas de se estabilizar a economia com o uso de controles de preços. Sobre o fracasso de todas elas, é suficiente lembrar que a inflação alcançou 3000% em 1993.

4. O PASSADO RECENTE E O FUTURO INCERTO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Em 1994, com o Plano Real, começa uma nova fase na economia brasileira ampliando-se

algumas reformas estruturais que haviam se iniciado anteriormente, tais como: o processo de abertura comercial associada às novas regras da Organização Mundial do Comércio, começado em 1989; o processo de desregulamentação da economia com o abandono progressivo do controle de preços, a partir de 1992; a privatização das empresas estatais, a partir de 1991; e, a regulamentação contratual dos monopólios naturais que passaram a ser de propriedade privada (energia, telefonia, pedágios de estradas, ferrovias, etc.). O plano Real, que se inicia em 1994, não foi apenas um plano de estabilização; foi de fato um plano de amplas reformas econômicas, sociais e institucionais.

No âmbito dos preços, como já se disse, o Brasil trocou o controle de preços pela defesa da concorrência, promulgando a Lei 8884 de junho de 1994 que coloca o Brasil em situação muito semelhante aquela de países mais desenvolvidos em termos de legislação antitruste. Esta nova Lei, em primeiro lugar, introduz na legislação a prevenção, passando a controlar fusões e aquisições de forma geral; em segundo lugar, aprimora a legislação repressiva contra o abuso econômico, notadamente a repressão a cartéis e a outras condutas anticompetitivas não abrangidas na legislação anterior; em terceiro lugar,

passa a prever a intervenção da teoria econômica; este assunto, até aquele momento, era um campo exclusivo de advogados;

Outros aspectos relevantes da nova Lei podem ser ressaltados: (i) reforma-se totalmente o CADE e seu papel, tornando-o a autoridade administrativa finalista em termos de defesa da concorrência, autônoma administrativa e financeiramente; (ii) introduz o conceito de posição dominante no mercado, seguindo a doutrina européia; (iii) cria o compromisso de cessação de conduta infrativa à concorrência; (iv) define aumento abusivo de preços, não justificados por aumento de custos, certamente sob pressão dos eternos controladores de preços; (v) define o papel do Ministério da Fazenda que passa a ser responsável por fazer pareceres econômicos em processos de fusões e aquisições e em condutas anticompetitivas.²⁷

De acordo com Lei 8884/94, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), um órgão independente, administrativamente ligado ao Ministério da Justiça, passam a se constituírem nas autoridades brasileiras de defesa da concorrência. SEAE e SDE têm funções analíticas e de investigação enquanto o CADE é um tribunal administrativo, cujas decisões podem ser revistas apenas nas cortes judiciárias.

Desde então, têm ocorrido outras mudanças na Lei e na forma de agirem das instituições encarregadas de aplicá-la. Em 1999 a SEAE/MF publicou a portaria 39, passando a adotar o Guia para Análise de Atos de Concentração; em 2001, através da portaria conjunta SEAE/SDE de no. 50/2001, este Guia foi aperfeiçoado e adaptado e passou a ser adotado também nas análises da SDE. Este Guia, à semelhança de guias de outras jurisdições antitruste, informa, clara e transparentemente, os procedimentos seguidos por ambas as secretarias quando analisam concentrações horizontais submetidas ao sistema. Duas outras portarias publicadas em 1999 devem ser mencionadas: a portaria 45/99 da SEAE, que lhe atribui a capacidade de aplicar multas às empresas pela negação, omissão ou atraso na entrega de documentos necessários à análise dos atos de concentração; e, a portaria do Ministro da Fazenda no. 305/99 amplia o poder de investigação da SEAE nos casos de condutas anticompetitivas.²⁸

27 Algumas destas mudanças estão descritas em Lúcia Helena Salgado, *A Economia Política da Ação Antitruste* (São Paulo, Ed. Singular, 1997), pp. 175-85.

28 Para uma descrição completa das portarias no. 39, no. 45 and no. 305, Vide Claudio Monteiro Considera e Paulo Guilherme Corrêa, "Desenvolvimento econômico e

Em relação a Lei da Concorrência, a iniciativa mais recente focalizou-se na implementação da política de delação premiada (*leniency programme*), desenhada para encorajar empresas ou pessoas envolvidas em conspirações antitrustes a cooperarem, provendo as autoridades de evidências de atividades ilegais em que estejam envolvidas juntas com outras empresas ou pessoas. De acordo com a Lei 10.149 de dezembro de 2000, que emendou a Lei 8884/94, as autoridades brasileiras oferecem a possibilidade de anistia administrativa, associada com a automática e plena imunidade criminal para conspiradores contra a concorrência que cooperarem com as investigações antitrustes.²⁹ A imunidade criminal é particularmente importante já que a formação de cartel além de uma infração administrativa é um crime contra a ordem econômica.

O programa de leniência, junto com os novos poderes de investigação também introduzidos pela nova lei, propiciaram novas ferramentas às autoridades brasileiras de defesa da concorrência para aumentar a detecção e a punição de acordos ilegais entre competidores. O novo estatuto estabelece que a SDE, em nome da União, pode assinar acordos dando anistia plena ou reduzindo de 1/3 a 2/3 a penalidade aplicável a indivíduos ou empresa que tenham infringido a ordem econômica e que tenha escolhido colaborar com as investigações. De conformidade com a Lei, o acordo de leniência só poderá ser celebrado se as autoridades brasileiras não tiverem ainda evidências que assegurem a condenação da empresa ou do indivíduo. Mesmo que existam indícios que incriminem os acusados, o acordo poderá ser celebrado, caso estes indícios não assegurem a condenação dos envolvidos.

A Lei estabelece que o acordo com as autoridades brasileiras não necessita de aprovação posterior do CADE, dando aos participantes a certeza legal do seu cumprimento. Ainda sim, o CADE deverá declarar que aprova o acordo.

A despeito dessas garantias, subsistem incertezas que têm dificultado a aplicação do programa no Brasil. De fato, mais de dois casos deixaram de ser efetivados devido à declarações do Ministério Público Federal de que a imunidade criminal não é competência da SDE. Fazem-se, portanto, necessárias alterações na Lei que integre o MP e também o CADE no processo de

política antitruste: razões para a adoção das portarias no. 39 e 45 da Seae e no. 305 do Ministério da Fazenda”, SEAE, Documentos de Trabalho, no. 3, Novembro de 1999.

29 Para uma descrição completa da Lei, Vide Claudio Considera, Paulo Corrêa e Frederico Guanais, “Building a leniency and amnesty policy: the Brazilian experience”, in *Global Competition Review, The International Journal of Competition Policy and Regulation*, London, Junho/Julho 2001, pp. 44-46.

negociação do acordo. Este instrumento tem-se mostrado um importante trunfo de descoberta e punição de cartéis em várias outras jurisdições e não pode permanecer sem efetividade por tais dúvidas ou querelas jurídicas.

Ressalte-se que o Brasil tem dado importantes demonstrações de compromisso com o combate a cartéis. Fomos o primeiro país observador do Comitê de Lei e Políticas de Concorrência (CLP) da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a assinar a Recomendação do Conselho da Concorrência referente ao compromisso de ação efetiva contra cartéis intrinsecamente nocivos (*hard core cartels*). Adicionalmente, o governo brasileiro assinou em 26 de dezembro de 1999 o Tratado Mútuo de Assistência Legal com os Estados Unidos da América para facilitar a cooperação entre as autoridades antitrustes dos dois países. Este tratado, após aprovado pelo Congresso Nacional se tornou vigente em 27 de junho de 2002, através do Decreto 154.

Outras iniciativas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência têm procurado, na franja da Lei, alterar procedimentos visando uma aplicação mais efetiva da defesa da concorrência. Em março de deste ano, SEAE, SDE e CADE passaram a adotar um procedimento simplificado para atos de concentração, chamado de “rito sumário”, similar ao “*early termination*” adotado pela FTC (Federal Trade Commission) e pelo DOJ (Department of Justice) dos Estados Unidos. Este procedimento, para os qual a SEAE estabeleceu os critérios de aplicação, passam por uma análise da SDE e um julgamento do CADE igualmente rápidos e sendo usados na maioria dos casos mais simples, não danosos à concorrência, deixando mais tempo para os profissionais se dedicarem aos casos mais complexos e potencialmente anticompetitivos.

Outra novidade foi a iniciativa da SEAE, a partir de março de 2002, de solicitar ao CADE as chamadas “medidas cautelares”, pelas quais o processo de fusão ou aquisição é interrompido até seu julgamento definitivo pelo CADE. Com isso, dá-se ao SBDC o tempo necessário para análise, sem que os efeitos do ato de concentração se estabeleçam. Quando essa medida cautelar não é promulgada o tempo corre contra as autoridades da concorrência e as empresas têm todo o estímulo a protelarem a entrega da documentação necessária à análise do caso. Com a cautelar, as empresas, impedidas de consumarem a aquisição ou fusão, têm estímulos a proverem, rapidamente, as autoridades de toda a documentação solicitada. Portanto, quando a SEAE identifica algum ato de concentração que resulte em elevado grau de parcela de mercado e que possa vir a trazer efeitos nocivos à concorrência, é solicitada ao CADE a adoção de medida cautelar que evite ações das empresas que possam vir a tornar irreversível aquele ato ou contrato. Em resposta, o CADE tem convocado as empresas a assinarem acordos, pelos quais se comprometem a não

efetivarem o negócio enquanto os mesmos não tiverem sido avaliados pelo SBDC.

Recentemente, um grupo de trabalho terminou de preparar um projeto de lei reestruturando o SBDC e alterando a Lei 8884 tornando-a mais adaptada às novas condições da economia brasileira. Pelo projeto é criada uma Agência Nacional de Defesa da Concorrência (ANC), juntando as funções da SEAE e da SDE referentes a suas ações de instrução processual. A agência será um órgão independente ligado ao Ministério da Fazenda ou da Justiça. O CADE continuará sendo um tribunal independente e a ter a decisão final de todos os processos administrativos, à exceção daqueles em que as partes apela-rem para as cortes judiciais. Os diretores da agência terão mandatos de 4 anos renováveis por um termo adicional, enquanto os conselheiros do CADE terão mandatos não renováveis de 5 anos, ao invés dos atuais 2 anos renováveis.

A emenda da Lei 8884 além da adaptá-la à nova organização do sistema, terá as seguintes inovações mais importantes:

1. As firmas terão que submeter as notificações de atos de concentração previamente, ao invés de posteriormente como ocorre atualmente;

2. Haverá uma separação clara entre as fases de instrução e de julgamento;

3. Estabelecerá um novo procedimento na análise dos casos: somente casos que claramente poderão ser nocivos à concorrência serão contestados junto ao CADE pelo Diretor Geral (DG) da ANC. O rito sumário atualmente em vigor se torna parte da lei, e o CADE não julgará estes processos como o faz atualmente; ou seja, o DG passa a atuar, em nome do povo, como um promotor da concorrência nos casos potencialmente anticompetitivos;

4. Em consequência o CADE ficará responsável apenas pelos casos realmente capazes de causarem efeitos sobre a concorrência, tornando-se mais rápido e eficiente;

5. Similarmente, a agência terá mais tempo para se dedicar aos casos importantes e para investigar condutas anticompetitivas, notadamente cartéis.

O projeto de Lei ordenado pelo Presidente da República está pronto e será enviado ao

Congresso Nacional, mudando qualitativamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem uma longa história de intervenção estatal na economia. Nossa cultura e a teoria do desenvolvimento vigente no período de pós-segunda guerra mundial considerava a ação do Estado fundamental para diminuir a distância entre os países ditos desenvolvidos e subdesenvolvidos. Por essa concepção, a sinalização para a alocação eficiente dos recursos deveria ser dada pelo Estado, quer diretamente investindo em atividades produtivas com elevadas integrações para frente e para trás da cadeia produtiva, quer oferecendo incentivos fiscais e creditícios para os investimentos privados desejáveis, segundo o planejamento estatal. Além disso, a ideologia econômica vigente à época pregava que alguma inflação era necessária para que o mecanismo de preços possibilitasse mudanças estruturais mais rápidas em direção aos novos setores líderes da economia, notadamente os setores industriais substitutivos de importação. Entretanto, essa pequena inflação necessitava ser controlada de forma a se manter pequena e beneficiar os setores que se desejava incentivar.³⁰

A consequência era óbvia: tornava-se necessário controlarem-se os preços. Adicionalmente a esse ditame anti-política concorrencial, o novo setor industrial instalando-se no Brasil era baseado em tecnologia dos países desenvolvidos cujas economias de escala exigia poucos competidores para atender o, à época, pequeno mercado brasileiro. Em tal ambiente, não havia espaço para se falar de política de defesa da concorrência que controlasse fusões e aquisições.

De fato, o CADE, surgido em 1962 não tinha como função aplicar política concorrencial, já que a Lei que o criou não previa o controle preventivo de atos de concentração. Sua principal função era controlar abusos de preços e nessa função era bem menos aparelhado do que a Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), criada à mesma época para controlar preços e ainda bem menos eficiente do que o Conselho Interministerial de Preços (CIP) criado em 1967.

30 Para uma abrangente análise histórica da política antitruste no Brasil, ver Considera, Claudio e Corrêa Paulo, "The Political Economy of Antitrust Policy in Brazil – from price control to competition policy", in Barry E. Hawk, Ed., 2001 Annual Proceedings of the Fordham University School of Law, International Antitrust Law and Policy, NY, Juris Publishing, 2002, pp. 533-68.

Como vimos, a história política e econômica brasileira está incorporada de elementos que afetaram a definição e a aplicação de política antitruste no Brasil. Esses elementos são: o clima ideológico; os efeitos líquidos (custos e benefícios) das atividades lobistas pelos grandes grupos econômicos; as ineficiências econômicas derivadas do regime de substituição de importações; e, pelas demandas de equidade herdadas desse regime.

Vimos, anteriormente, que durante a nossa história recente, o clima ideológico (preferências sociais direcionadas para o bem estar) não favoreceram a concorrência como a regra do jogo econômico. O setor privado não tomou isto como o padrão da atividade econômica, nem como uma orientação maior, um elemento de sua estratégia de negócios. Pelo contrário, o clima ideológico favoreceu a negociação entre as firmas, a intervenção estatal e uma orientação endógena (substituição de importações). Neste contexto, o nacionalismo desenvolvimentista, elegeu a industrialização como seu objetivo público prioritário, fazendo da substituição de importações sua estratégia para alcançá-lo. Tarifas protecionistas, controle de entradas de novas firmas na economia brasileira, subsídios e outras políticas públicas foram os instrumentos adotados para alcançar aquele objetivo. Não surpreende, portanto, que até o final dos anos 80, a política econômica tenha favorecido basicamente o bem estar dos produtores (industriais, principalmente) em detrimento do bem estar de outros grupos sociais, principalmente os consumidores.

Por várias razões os benefícios das atividades lobistas dos grandes grupos foram no Brasil altos e bem superiores aos seus custos. A política de controle de preços reduziu os custos de transação de organizar os produtores; a política econômica favoreceu a entrada dos produtores na estrutura de governo; o controle de entrada de novas firmas, exercido principalmente pelo Conselho de Desenvolvimento Industrial, gerou uma estrutura produtiva oligopolizada. Todas essas ações reduziram os custos dos lobbies favorecendo os produtores.

As ineficiências derivadas do regime de substituição de importações, altamente protecionista, foram inúmeras; duas merecem ser citadas por impactarem a política de concorrência atual. A primeira, já mencionada no clima ideológico, refere-se aos elevados retornos líquidos das atividades lobistas que desfavoreceram os investimentos em atividades produtivas de inovação, redução de custos, etc, prejudicando o estímulo à concorrência. A segunda é a ineficiência de se entrar em mercado isolado como o era o brasileiro; isto exigiria uma reestruturação num período de transição, o que elevaria o custo de competição e tornaria a demanda por concentração por grandes empresas teoricamente aceitável pelas autoridades da concorrência.

Finalmente, com a restauração da democracia, emprego, interesses de pequenas empresas e de setores menos competitivos, etc., passam a ser demandas socialmente justas. Como estas demandas são mais fáceis de se organizarem politicamente, o difuso interesse de concorrência e do bem estar dos consumidores não tem muito espaço.

Esses fatos ajudam a explicar porque, embora se tenha uma Lei de Defesa da Concorrência moderna desde 1994, extensivamente aplicada, ela não tem tido apoio da sociedade nem tem sido bem sucedida em deter fusões anticompetitivas. Assim é que na análise de atos de concentração potencialmente danosos à concorrência têm sido aplicados remédios comportamentais em vez de estruturais; e, têm sido enfatizados casos de abusos de preços (que cheiram a controle de preços) em detrimento de investigar e punir cartéis e outras condutas anticompetitivas.

Portanto, a economia política nos ajuda a explicar porque, a despeito de a política antitruste no Brasil ter sido implantada em 1994, ela nem sempre foi focada nos objetivos tradicionais da teoria que enfatiza a eficiência econômica e o bem estar do consumidor. Nos ajuda a explicar ainda, porque concorrência não é ainda um valor para nossa sociedade, como hoje parece ser a estabilidade.

CONCORRÊNCIA EM MERCADO REGULADO: A AÇÃO DA ANP

Pedro Dutra

1.0 Regulação econômica. 2.0 Poder econômico: existência e uso. 2.1 Abuso do poder econômico. 3.0 A Defesa da livre concorrência. 3.1 Concorrência e abuso do poder econômico. 3.2 Repressão e prevenção ao abuso do poder econômico. 4.0 Concorrência e regulação. 4.1 Defesa da livre concorrência e regulação. 5.0 Regulação: disciplina legal. 5.1 Atividade econômica. 6.0 Regulação e livre concorrência. 7.0 A regulação do mercado de petróleo. 7.1 ANP: regulação e promoção da concorrência no mercado de petróleo. 8.0 Ação regulatória e concorrência no mercado de petróleo: Portaria ANP 116/2000. 8.1 Subsistência da Portaria ANP 116/2000.

1.0 Regulação econômica

Regular é disciplinar por meio de regra³¹. Em sentido largo, é o conjunto de regras editadas com o propósito de disciplinar determinada matéria, o que permite o emprego do vocábulo para referir a disciplina dos mais variados campos de incidência de normas legais. O adjetivo *econômico* refere *atividade econômica*, identificando a finalidade da regra especialmente editada: disciplinar determinada atividade econômica, mais precisamente, determinado mercado, ou seja, área geográfica onde bens e serviços são ofertados e procurados, e os agentes nele atuantes.

A regulação econômica voltou-se inicialmente aos serviços que afetam o interesse público, *utilities* na terminologia do direito norte-americano - aos serviços ditos públicos, conforme o direito brasileiro. Na ordem jurídica

31 Regular, do latim *regulare*, *regrar*, *dirigir*, *de regula*, *regra*, *lei*. Cf. Novíssimo Dicionário Latino-Português. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1905. p. 1017; Moraes Silva, Antonio de. Dicionário da língua portuguesa. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877. p. 577; NASCENTES, Antenor. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932. v. 2, p. 682.

brasileira, como na norte-americana e outras, a regulação alcança, contudo, outros mercados além daqueles de prestação dos chamados serviços públicos, tais os de petróleo e gás, valores mobiliários, medicamentos, etc., mercados nos quais igualmente sobreleva o interesse público, isto é, o interesse transindividualizado, sobre o interesse privado. A literatura jurídica e a econômica norte-americanas aplicam o termo regulação à disciplina da livre concorrência, aí em seu sentido largo, advertidos contudo seus autores das distinções existentes – finalidade e meios - entre a função da regulação econômica e a da defesa da livre concorrência, embora ambas sejam formas de intervenção estatal no domínio econômico, como adiante será visto.³²

A regulação econômica – *regulação* de ora por diante – pressupõe a edição de regra – lei – especial, a identificar o mercado objeto da regulação; bens ou serviços (por vezes ambos) que o integram; agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, estas sob controle privado ou estatal, nele atuantes; e o órgão administrativo, especial ou não, ao qual lei especial outorga competência para executá-la - para *regular* o mercado em causa.

Historicamente, dois fatores determinaram a regulação de mercados e a criação de órgãos reguladores especiais: a incapacidade de a dinâmica dos mercados frustrar o abuso do poder econômico cometido pelos agentes neles atuantes, exibam ou não os mercados situações monopólicas, e assim a impossibilidade real de os mercados por si regularem-se³³; e a incapacidade de o Poder Executivo, a partir de órgãos de sua estrutura tradicional – presidência

32 Sobre o conceito de utilities e serviço público, ver Caio Tácito: cf. TÁCITO, Caio. Panorama do direito norte-americano e de outros países. In: _____. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 213 e ss.; e Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: Temas de direito público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 13 e ss. Sobre a história da intervenção estatal no domínio econômico, ver VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

33 A esta incapacidade chama a doutrina econômica de “falha de mercado” (market failure), fator, entre outros, a justificar a regulação desses mercados. “Many of the rationales for regulating can be described as instances of ‘market failure’. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest.” (in BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press. 1999. p. 9). Sobre fatores determinantes da intervenção estatal no domínio econômico, v. LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. Teoria della regolazione. In: Lo Stato regolatore. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 117.

da república, ministérios, departamentos, secretarias, etc. – promover a regulação sob critérios exclusivamente técnicos – isto é, na forma da Lei, estreme de injunções políticas – e com razoável celeridade³⁴.

2.0 Poder econômico: existência e uso

Poder econômico é a soma de meios, de natureza econômica, que habilita o agente a agir no mercado em que atua. Todo agente que atua em mercado – pessoa jurídica ou pessoa física – exerce – usa – o *poder econômico* de que dispõe; daí a expressão corrente, consagrada no direito norteamericano e recebida pelo direito brasileiro, *poder econômico de mercado* (*economic market power*). O uso do poder econômico – *do*, porque necessariamente identificado ao seu titular, que o exerce ou pode exercê-lo – não é apenas legítimo, senão indispensável à subsistência competitiva de seu detentor, pois é pelo exercício do seu poder que ele buscará a preferência de quem procura bens e serviços, que oferta, no mercado em que atua.³⁵

2.1 Abuso do poder econômico

A reprimir, porém, o *abuso* do poder econômico, ou seja, o seu uso perverso por seu titular, em seu proveito, em detrimento imediato de terceiro

34 Cf. DUTRA, Pedro. Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38, mar. 1997.

35 A doutrina econômica usualmente define o poder econômico a partir de seu exercício, fórmula influente em boa parte da doutrina jurídica recente, embora imprecisa a esse fim. Há poder quando há meios à disposição do seu detentor que o habilite à ação, exerça-o o seu detentor ou não. Esta capacidade, a possibilidade, de o detentor do poder econômico agir interessa já ao Direito, e não apenas a ação – o exercício do poder econômico - em si, ainda que os concorrentes tomem como objeto de seu interesse imediato o exercício do poder econômico de mercado, porque é ele dá causa à maioria dos fatos substanciais do mercado sob o regime de livre concorrência. As regras de defesa da concorrência, inclusive a brasileira, alcançam o poder econômico como fonte potencial, e não apenas atual, de atos de mercado, ao dizer, por exemplo, que a integração do poder econômico poderá, pelo simples fato da concentração do poder econômico, e não apenas pelo seu exercício abusivo, ter efeitos concorrenciais negativos (artigo 54 da Lei 8.884/94). E, ainda, que será punido ato abusivo do poder econômico, mesmo que seus efeitos não sejam alcançados. (art. 20, lei citada). Cf. BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 170.

competidor; o abuso do poder econômico importa, necessariamente, em uma transferência indevida de renda, de uma renda arbitrariamente auferida porque não decorrente do livre jogo das forças de mercado³⁶. O abuso do poder econômico, ao corromper a ordem econômica, coarcta o direito de livre iniciar – de livre empreender – e de livre concorrer que constitucionalmente assiste a toda pessoa física ou jurídica, e que são o desdobramento objetivo, no plano econômico, das liberdades e garantias individuais. A convergência das doutrinas do abuso do direito e do abuso do poder econômico não escapou a **REALLE**:

“As teorias do abuso de direito e do abuso de poder desenvolveram-se em esferas distintas, respectivamente, do Direito Privado e do Direito Público, mas, aos poucos, vieram convergindo no sentido de uma compreensão por assim dizer complementar.

Essa crescente correlação dos dois conceitos verificou-se em virtude da alteração operada na estrutura da nova sociedade industrial, onde o Estado passa cada vez mais a exercer funções de empresário e, de outro lado, grandes empresas privadas, quer através de monopólios, quer graças a entendimentos oligopolísticos, realizam tão poderosas concentrações de capital que o exercício de direitos subjetivos se converte, na realidade, em exercício de poder econômico com características antes inexistentes.

Dada essa complementaridade, por compreensível necessidade de se preservarem valores sociais e individuais, mesmo o exercício de um direito ou de um poder, anteriormente considerado normal segundo os parâmetros individuais dominantes, passa a ser considerado irregular ou ilícito, seja pelo dano acarretado, seja pela gritante desproporção surgida entre a titularidade do direito e as prer-

36 A serviço da identificação do fato infrativo – o fato do abuso do poder econômico – a análise econômica assim se direciona: “For purposes of antitrust analysis, the crucial distinction is not between market power and monopoly power, but between two fundamentally different ways in which a firm or group of firms may exercise anticompetitive economic power – raising one’s own prices (classical Stiglerian power) or raising competitor’s cost (exclusionary Bainian power).” KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H; SALOP, Steven C. Monopoly power and market power in antitrust law. In: FIRST, Harry; FOX, Eleanor M.; PITOFISKY, Robert (Ed.) Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal, economic, and political policy. New York: Quorum Books. 1991. p. 191.

rogativas e privilégios que ela proporcionaria a alguns em detrimento da coletividade.

Resulta dessa mudança substancial no complexo das circunstâncias objetivas a necessidade de se situar, sob novo prisma, e segundo critérios mais concretos de legalidade e de justiça, o erigido problema do abuso do poder econômico, tendo-se em vista as garantias individuais.”³⁷ (grifos no original)

A guarda do direito de livre iniciar – de empreender – e de livre concorrer motivou o legislador especializar a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico³⁸, e a sua disciplina atendeu a dois planos da experiência: o primeiro, geral, a compreender todos os mercados econômicos, e o segundo, especial, visando, adicionalmente, alguns mercados, aqueles cujas características morfológicas exigem disciplina própria. Ao primeiro plano – a todos os mercados de bens e serviços – destina-se a regra de defesa da livre concorrência, a ser cumprida pela repressão e prevenção ao abuso do poder econômico; ao segundo, dirigem-se as leis voltadas à regulação econômica, a alcançar os mercados singularizados por um perfil estrutural que os tornam refratários à livre concorrência³⁹, embora sobre esses mercados incida, advirta-se, também a regra de defesa da livre concorrência.

37 REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. In: FranceschinI, José Inácio Gonzaga; FranceschinI, José Luiz Vicente de Azevedo (Org.). Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 523.

38 Nos exatos termos da Lei 8.884/94: “art. 1º. “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

39 “The classic economic case for extensive regulation of price, investment, service and other managerial decisions of an industry is the inherently noncompetitive situation.” in PHILLIPS, Charles F. Jr. The regulation of public utilities: theory and practice. Virginia: Public Utilities Reports, 1993. p. 51. E Reagan: ““Economic (sometimes called ‘business’) regulation is generally used to cover most of the older, traditional regulatory areas in which the price of the product or service and the authority to enter or leave the industry are the main objects of regulation; the public purpose is to protect the economic interests of consumers from monopoly exactions, and in terms of quality and quantity of service...””. in Regulation: the politics of policy. Boston: Little, Brown and Co., 1987. p. 17-18; apud PHILLIPS, Charles F. Jr. op. cit. p. 31.

3.0 A defesa da livre concorrência

A Constituição Federal elevou a livre concorrência a princípio regente da ordem econômica (artigo 170, inciso IV)⁴⁰, dispondo a seguir que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros*” (artigo 173, § 4º). A Lei, especial, é a de nº 8.884/94, que “*dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica orientada pelos ditames constitucionais de liberdade e iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*” (art. 1º)

Atendendo à norma constitucional de defesa da livre concorrência, o legislador ordinário outorgou competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – para promover a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico⁴¹, e definiu o campo de aplicação da Lei “*às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda*

Esta situação evidenciou-se inicialmente nos mercados de serviços destinados a grandes contingentes de usuários, tais os de transportes, telecomunicações, etc., nos quais surgiram inexoravelmente, em razão da estrutura desses mercados, formações empresariais monopólicas, daí a expressão monopólio natural.

40 Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;”

41 Lei 8.889/94 - “Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

I - zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

(...)

XII – apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;”

que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.” (artigo 15).

Desdobrando o princípio constitucional regente da ordem econômica, tem a Lei 8.884/94 por finalidade defender a livre concorrência por meio da repressão e prevenção do abuso do poder econômico, nos mercados onde bens e serviços são ofertados e procurados por agentes econômicos – pessoas físicas e jurídicas - independentemente da forma e da natureza da sua organização, e da titularidade do seu controle, privado ou estatal, do mercado onde atuam, sob regime de monopólio legal ou não, ou, ainda, do índice do poder econômico que nele exibem tais agentes. Em consequência, a conduta de todos os agentes econômicos presentes em todos os mercados de bens ou serviços, em relação ao poder econômico que exerçam nesses mercados, acha-se sob a disciplina da Lei 8.884/94, que articula o princípio constitucional da livre concorrência.

3.1 Concorrência e abuso do poder econômico

Concorrer é correr junto, é disputar a preferência de quem procura bem ou serviço ofertado. Essa disputa deve se dar sem estorvo, livre do abuso do poder econômico, diz a Constituição Federal em seu artigo 173, § 4º, regra que não conhece exceção, alcançando os monopólios legais, suscetíveis ou não de exploração privada, nos termos do citado artigo 15 da Lei nº 8.884/94, e os mercados regulados.

Claro o desígnio do legislador constitucional: na ordem econômica, o abuso do poder econômico, que perverte a livre concorrência, deve ser obrigatoriamente reprimido e prevenido.

Poder econômico, como visto acima, é a soma de meios materiais e não materiais, de natureza econômica, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária. A titularidade e o uso desse poder econômico são legítimos. Todos aqueles que estão presentes na ordem econômica, atuantes em mercado de bens e serviços, são estimulados, pela própria dinâmica do mercado competitivo, a aumentar a sua capacitação, o seu *poder econômico de mercado*.

A reprimir, o *abuso* do poder econômico, ou seja, o seu uso perverso, que vise, diz a Lei, à “*dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (art. 173, § 4º, citado)⁴². *Dominar*

42 Sobre a origem da fórmula legal de abuso do poder econômico, inscrita inicialmente na Constituição Federal de 1946, veja-se a minuciosa exposição de SHIEBER,

mercado é fazer-se senhor dele, e assim poder ignorar a ação oposta pelos concorrentes; age o dominador como se, só, atuasse no mercado, impondo preço e volume do produto ou serviço que oferta, assim assenhorando-se do mercado em que atua. A expressão *domínio* (ou *dominação*) de mercado, corrente no direito comunitário europeu, corresponde à expressão *poder monopolístico* – *monopolistic power* – empregada no direito norte-americano; ambas têm o mesmo sentido, de ação incontrastada, indiferente às forças do mercado, por parte da empresa que se fez senhora do mercado. *Eliminar a livre concorrência* aí está em sentido largo - por qualquer forma prejudicá-la; *livre* aí está por fluente, sem desvios, a dizer onde não há estorvo à concorrência causado pela ação abusiva dos disputantes. *Aumento arbitrário de lucros* é a majoração desarrazoada, resultado de uma prática abusiva; arbitrário pois lucro que não guarda relação com a paga do esforço competitivo liso, e sim deriva de uma conduta abusiva.

Como acima apontado, no plano econômico a infração à ordem competitiva significa, sempre, uma transferência indevida de renda. No plano jurídico, agravo frontal ao direito de livre empreender e de livre concorrer, direito que constitucionalmente assiste a toda pessoa, física ou jurídica, seja na qualidade de agente empreendedor e agente concorrente, seja na qualidade de sujeito do direito de haver, na ordem econômica, um mercado que assegure tal estado de liberdade econômica, guardado sempre na forma da Lei.

3.2. Repressão e prevenção ao abuso do poder econômico

O abuso do poder econômico está à base das condutas infrativas à ordem concorrencial, enunciadas, não exaustivamente, no artigo 21, da Lei 8.884/94, e a sua repressão faz um dos objetos da Lei de defesa da concorrência, o outro a sua prevenção.

Disciplinada a repressão ao abuso do poder econômico, por meio da sanção às condutas infrativas, evidenciou-se ao legislador que a excessiva concentração de poder econômico em mãos de um agente econômico, havida por meio da integração empresarial, faz com que ele propenda a conduzir-se de forma abusiva; maior a soma do poder econômico de mercado concentrado em uma empresa, maior, diz a experiência, a probabilidade de esse poder ser abusivamente empregado. Em consequência, a integração do poder econômico, promovida por meio de negócio jurídico, qualquer a sua forma, firmado por duas ou mais empresas antes independentes, tornou-se objeto de análise

prévia por parte do órgão administrativo de defesa da concorrência, que avalie se os efeitos da concentração do poder econômico, irradiados desse ato de integração empresarial e projetados sobre o mercado concorrencial afetado, serão capazes de prejudicar a livre concorrência ou resultar em domínio do mercado⁴³.

Note-se, todavia, a distinção que se impõe: é suscetível ao controle preventivo do órgão de defesa da livre concorrência a integração econômica de duas ou mais empresas antes independentes, promovida à margem da disputa concorrencial; ao contrário, a concentração que resulta da disputa concorrencial: esta é a paga da eficiência competitiva. Ou seja, o poder econômico somado no curso da disputa concorrencial lisa traduz a eficiência competitiva da empresa que o detém, traduz a preferência que o consumidor lhe vota; aquele formado à margem da disputa concorrencial tem sua eficácia condicionada à verificação legal de seus possíveis efeitos concorrenciais.

A prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico complementam-se na defesa da livre concorrência, e são promovidas igualmente nos mercados especialmente regulados.

4.0 Concorrência e regulação

Há, portanto, mercados em que a livre concorrência pode ser alcançada razoavelmente, aplicada a regra geral de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico – e estes são a maioria dos mercados – e há os mercados – em número reduzido, mas significativos em termos sociais e econômicos – que necessitam regulação especial, pois a estrutura deles é hostil à livre concorrência, e por tal razão neles a prevenção ao abuso do poder econômico deve se dar liminarmente por meio da ação permanente de órgão da adminis-

43 “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

tração pública – órgão dito regulador – ação que, somada a ações diretoras também atribuídas a este órgão promover é o meio mais eficiente e isento de se promover nesses mercados a livre concorrência.

Em um e outro caso, a realidade dos mercados informa a finalidade da Lei, pois não se há de cogitar de concorrência perfeita, na qual inexistia a necessidade de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, senão a concorrência possível, e esta a finalidade que deve a Lei, como faz a brasileira, buscar. Em uma palavra, não há concorrência perfeita a dispensar a disciplina legal dos mercados⁴⁴, ou a ser por força desta alcançada, como mostra **STIGLER**⁴⁵. E em mercados caracterizados por forte e direta intervenção estatal, a afirmação da livre concorrência é ainda mais lenta; embora em estágio mais avançado do que a brasileira, a economia italiana ressentia-se da mesma característica, como mostra **RAMAJOLI**:

“Il nuovo strumento di disciplina nel campo economico fornito dalla legislazione antitrust sorge con l’affermarsi del principio concorrenziale. Questo principio ha tardato ad emergere e ad imporsi nel nostro ordinamento, proprio a causa degli altri strumenti di disciplina utilizzati in campo economico: la presenza, in numerosi settori, di una struttura di mercato caratterizzata da un monopolio pubblico legale eliminava alla radice i problemi di tutela della concorrenza, mentre un capitalismo industriale cresciuto mediante gli aiuti statali risultava fondato su principi opposti a quelli del libero mercato e, del resto, lo stesso concetto di programmazione economica è antitetico a quello di mercato e di tutela della libertà di concorrenza. Non ponendosi il problema della

44 Note-se que a auto-regulação, que se pretenda praticar em determinados mercados, tem caráter tópico e não afasta a incidência da norma de defesa da concorrência. Aliás, deve-se repelir a assimilação, por vezes encontrada na doutrina, entre auto-regulação e defesa da livre concorrência; esta só se dá, de forma duradoura e isenta, na forma da Lei, pois a experiência mostra, como exposto acima, que os mercados são incapazes de, pela ação exclusiva de seus agentes, reprimir o abuso do poder econômico; ao contrário, inexistente a repressão, estes tendem a cometê-lo.

45 “The concept of perfect competition, or indeed any theoretically precise concept of competition, will not be met by the actual conditions of competition in any industry. John Maurice Clark made the most influential effort to create a concept of ‘workable competition’ which would serve as a working rule for public policies which seek to preserve or increase competition.” (STIGLER, George. Competition. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). The new palgrave: a dictionary of economics. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1, p. 535.

*concorrenza, non si poneva neppure il problema di una disciplina di questa.”*⁴⁶

4.1 Defesa da livre concorrência e regulação

Embora a *defesa da livre concorrência* e a *regulação econômica* persigam no ordenamento jurídico brasileiro a mesma finalidade primária – reprimir e prevenir o abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços – e assim sejam conceitos complementares no plano doutrinário e integrem um mesmo subsistema normativo (a disciplina legal da ordem econômica), elas não se confundem. Como exemplifica **CAMPILONGO** ao analisar os limites da ação do órgão de defesa da concorrência e a dos órgãos reguladores:

*“(i) não pode o CADE (...) inovar, modificar ou criar regulação diversa daquela do agente com capacidade para tal; (ii) o CADE não é instância reguladora nem tampouco esfera administrativa de julgamento da regulação de terceiros; é, isto sim, órgão de adjudicação adstrito à matéria concorrencial; (iii) entre a atividade regulatória das agências setoriais e a função preventiva e repressiva desempenhada pelo CADE na defesa da livre concorrência há relação de complementariedade e não de exclusão ou de conflito de competências.”*⁴⁷

Elementos salientes na distinção necessária entre defesa da livre concorrência e regulação são os que constituem os objetivos exclusivos desta, tais a determinação (não apenas a fixação) de preços dos bens e serviços regulados, a promoção legal da livre concorrência nos mercados estruturalmente a ela hostis e a expansão induzida desses mercados, que compete ao órgão regulador cumprir. Estes objetivos distinguem a função regulatória da defesa da livre concorrência: expressamente não compete ao órgão de defesa da concorrência a determinação dos preços de bens e serviços, a promoção direta da livre concorrência e a expansão dos mercados, objetivos estes acreditados à

46 In RAMAJOLI, Margherita. *Attività amministrativa e disciplina antitrust*. Milano: Giuffrè 1998. p. 3.

47 Ato de concentração nº 08012.004550/99-11, Requerentes Integral Holdings S/A e Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS), Conselheiro-relator Celso Fernandes Campilongo. Julgado em 28 de março de 2001.

dinâmica dos mercados concorrenciais (nos quais o abuso do poder econômico seja reprimido e prevenido) e não à defesa da livre concorrência⁴⁸. Por exemplo, a ação regulatória, ao determinar preço de bem ou serviço visa prevenir o exercício do poder monopólico ou oligopólico, busca, ao fim, prevenir o abuso do poder econômico que decorre dessa situação de mercado; aí se identifica com o objetivo da defesa da livre concorrência; mas a ação regulatória dá-se por meio diverso daquele empregado na defesa da livre concorrência, em que a determinação de preços é deixada ao mercado, no qual o abuso do poder econômico seja reprimido e prevenido.⁴⁹

A ação regulatória dá-se em caráter marcadamente preventivo, em razão da estrutura peculiar do mercado regulado, que exhibe forte, senão monopólica, concentração de poder econômico e portanto baixa, ou nenhuma, densidade competitiva; a ação regulatória procura prevenir ou reduzir os efeitos de mercado negativos próprios a esse estado – preços abusivos, oferta reduzida, baixa qualidade e defasada atualização tecnológica dos bens e serviços ofertados – e busca também promover a concorrência criando ou estimulando a rivalidade entre competidores e abrir o mercado à entrada de novos disputantes. Esta finalidade ampla da ação regulatória explica a competência de editar normas infra-legais que a Lei atribui ao órgão regulador para dispor, especial e circunstancialmente, sobre a estrutura concorrencial do mercado sob sua jurisdição, que dá forma à sua ação diretiva antes referida.

A esta altura, pode-se concluir que a intervenção estatal no domínio econômico, em relação à atividade dos agentes nos mercados de bens e serviços, visa precipuamente reprimir e prevenir o abuso do poder econômico, e

48 Se efetiva a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, a livre concorrência ver-se-á promovida, isto é, afirmada, sendo esta, tenha-se sempre em conta, a concorrência possível.

49 Há, portanto, na experiência brasileira, preços determinados pela livre concorrência existente entre os agentes econômicos; preços regulados por órgãos especialmente criados para esse fim, alguns desses órgãos ditos agências reguladoras; preços fixados por outros órgãos da administração pública subordinados ao poder Executivo que somam a outras esta função; preços controlados por órgãos da administração pública subordinados ao poder Executivo, tal o preço dos medicamentos sob controle da Câmara de Medicamentos; e, por fim, preços fixados em razão de, aberta ou velada, pressão exercida por agentes do poder Executivo, inclusive o próprio Presidente da República, baseando-se em julgamento pessoal ou não do agente, como por exemplo, em relação ao preço do gás: “Acho que dá, preciso ver os cálculos, mas eu acho que dá (para baixar o preço)”. Presidente defende redução no preço do gás. O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 jul. 2002. p. A11.

esta função faz objeto comum à defesa da livre concorrência e à regulação econômica, o que confere às normas especiais que as prescrevem o caráter complementar que exibem, na articulação devida, que guardam, com as regras que disciplinam a ordem constitucional econômica.

5.0 Regulação: disciplina legal

O artigo 174 da Constituição Federal atribui ao Estado a qualidade de “*agente normativo e regulador da atividade econômica*” e diz que lhe cabe “*exercer, na forma da Lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”. Nos mercados regulados e nos demais mercados econômicos - nos mercados de bens e serviços em seu conjunto – tem lugar a *atividade econômica*, desenvolvida pelos agentes no curso de sua função ordinária, sejam os agentes pessoas físicas ou jurídicas, sob controle privado ou estatal, de origem nacional ou estrangeira, e se atuem sob regime de monopólio ou não. Portanto, onde há atividade econômica, há mercado onde ela tem lugar⁵⁰, há agente econômico – e assim incide a regra de defesa da livre concorrência, e, em determinados mercados, regra especial de regulação econômica, cabendo a órgãos da administração pública aplicar essas regras.

5.1 Atividade econômica

Não distinguiu o legislador constitucional atividade econômica que permita qualificá-la à conta do seu exercício, por empresa sob controle privado ou por empresa sob controle estatal, ou ainda em razão de se tratar de serviço público. Ao contrário, reconheceu igual a atividade econômica que ambas espécies de empresas exercem, ao delas tratar no artigo 173 da Constituição Federal, e, à vista deste fato, submeteu-as ao mesmo regime – privado – à Lei de defesa da concorrência e, se o caso, à regulação econômica. Veja-se o citado artigo 173, que não excepciona empresa sob controle estatal da incidência das normas que disciplinam a ordem econômica, nem qualifica a atividade econômica.

50 A definição corrente de mercado diz local onde há venda, atividade comercial. Cf. Ferreira, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 919; Aulete, F. J. Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Lisboa, 1911. p. 1147; e Houaiss, Antonio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1a. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1896.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou de comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio da empresa privada, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”. (grifo nosso)

Estabeleceu, sim, e de forma taxativa, o legislador pressupostos à exploração direta da atividade econômica por empresa sob controle estatal – “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo” – além dos casos já previstos na Constituição. A regra do § 1º, acima, tem por objeto a empresa sob controle estatal que explora atividade econômica, e não por objeto qualificar a atividade econômica que aquela empresa vai exercer. Note-se que o legislador, a propósito, claramente delinea o conceito de atividade econômica, ao referir expressamente o seu núcleo, a “produção (e) comercialização de bens e prestação de serviços”, os quais em sua variedade identificam os mercados nos quais se tem a atividade econômica que os agentes econômicos, empresas sob controle privado e estatal, desenvolvem.

Em mesma linha, o comando do citado artigo 174, da Constituição Federal:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (grifo nosso)

Ao qualificar o legislador o Estado como agente normativo e regulador “da atividade econômica”, refere esta em sua integralidade, sem exceção, seja quanto aos mercados de “bens e serviços” que a formam (art. 173, citado), seja quanto aos agentes, empresas sob controle privado ou estatal, que a exploram, atuando nos mercados de bens ou serviços.

Portanto, não há distinção em Lei – menos ainda à margem dela – entre atividade econômica que exerçam, de um lado, empresa sob controle estatal, “*empresa pública e de economia mista e suas subsidiárias*”, e, de outro, empresa privada, qualquer o objeto social delas, a natureza do bem ou do serviço que ofertem ou procurem. Não há, em relação a elas, especialização de regime jurídico que possa sugerir exceção, qualquer que seja, em favor das empresas sob controle estatal; acham-se elas expostas, como as empresas privadas, à repressão e à prevenção do abuso do poder econômico e à regulação econômica⁵¹.

6.0 Regulação e livre concorrência

O princípio da livre concorrência domina a atividade econômica que tem lugar nos mercados de bens e serviços, indistintamente, inclusive naqueles regulados.⁵² Nestes acha-se expressa a disposição legal de se reprimir o abuso do poder econômico, que a ação regulatória preventiva não frustrate, como, por exemplo, preço de serviço ou bem ou serviço ofertado em mercado regulado cuja determinação não seja feita previamente pelo agente regulador e sim deixada aos agentes econômicos, e que, por ação destes, mostre-se abusivo.

A regulação de determinados mercados não inibe, pois, a defesa da livre concorrência e sim a complementa, uma vez que, além da sua defesa, em

51 Esta situação, de agente econômico ordinário, atuante no mercado, reclama-lhe reconhecimento, publicamente a Petrobrás Distribuidora, BR, empresa sob controle estatal: “O consumidor tem sempre razão, diz uma antiga lei do mercado.

Mas o mercado, que aliás é formado por quem produz, quem vende e quem compra, também tem outras leis. Uma das mais importantes é a que diz que o mercado é dinâmico, está sempre mudando. Como acaba de mudar, com a abertura à importação de combustíveis. A partir daí, os preços da gasolina, do diesel e do gás liquefeito de petróleo, que durante décadas foram determinados pelo governo, passaram a ser uma decisão comercial de cada produtor ou importador, inclusive da Petrobras. Isto quer dizer que a Petrobras tem que ouvir, atender e respeitar cada vez mais o mercado, seus distribuidores e consumidores.

E no mercado, em qualquer mercado, preços não sobem ou descem pela lei da gravidade ou em função dos nossos desejos. O que move de fato os preços é a lei da oferta e da procura, que é refletida nas cotações.” (anúncio publicado pela BR no O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 fev. 2002. Caderno Economia, p. B10).

52 Veja-se, entre outras, a regra do artigo 5º, da Lei Geral de Telecomunicações - 9.472/97.

conjunto com os órgãos especiais, busca a regulação afirmá-la e ampliá-la em mercados a ela refratários.

Ao início, a regulação visava prevenir preços abusivos em mercados dominados por monopólios naturais⁵³. Progressivamente, sentiu-se a necessidade de se ampliar a função dos órgãos reguladores; reagiram os legisladores à demanda vinda de camadas da população de baixa renda, por essa razão incapazes de atrair a oferta sobretudo de serviços regulados. Começou-se por estipular em lei o dever de universalização desses serviços, ou seja, a sua extensão àquelas camadas da população, inscrevendo-o o legislador, entre as atribuições do órgão regulador, este dever de natureza predominantemente social.⁵⁴ O ciclo de privatizações, inaugurado na Grã-Bretanha na década de

53 “If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it. If such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case competition is short-lived and in the second it produces inefficient results. Competition is thus not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly. Hence, it is said, direct controls are necessary to ensure satisfactory performance: controls over profits, specific rates, quality of service, extensions and abandonments of service and plant, even permission whether to enter the business at all. This set of controls has been applied mainly to gas, water, and electric power companies, where it is known as ‘public utility regulation’, and to providers of public transportation and telecommunications, where it is known as ‘common carrier regulation’.”. in POSNER, Richard A. Natural monopoly and its regulation. Washington: Cato Institute. 1999. p. 1.

54 A determinação legal de universalização dos serviços de telefonia, foi prevista na primeira Lei que disciplinou o mercado de telecomunicações norte-americano: “...The communications Act of 1934 defined universal service policy as ‘To make available, so far as possible, to all the people of the United States a rapid, efficient Nationwide, and worldwide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges.’ The same act created the FCC (Federal Communications Commission) charging it with the responsibility to carry out this policy, as well to regulate the telecommunications industry, in general.’ (...).

The Telecommunications Act of 1996 considerably expands the definition of ‘universal service’ to include ‘access to advanced telecommunications and information service... in all regions of the Nation, including low-income consumers and those in rural, insular, and high cost areas... reasonably comparable to those services... and those rates... for similar services in urban areas.’ (Universal Service. In: NEWTON, Harry. Newton’s Telecom dictionary. 17th ed. New York: CMP Books, 2001. p. 729-730).

1970, acresceu a função regulatória; evidenciou-se que o simples câmbio da titularidade da empresa, de pública à privada, importaria no simples câmbio da titularidade do monopólio do serviço objeto da ação privatizadora⁵⁵. Em conseqüência, somou-se às funções regulatórias a de promover a concorrência nos mercados regulados privatizados, assistindo ao legislador neste propósito a revolução tecnológica nas áreas de telecomunicações e informática que naquele período expandiam-se aceleradamente, penetrando todos os mercados econômicos⁵⁶.

Cresceram assim as atribuições das agências reguladoras, hoje distante a atribuição singular de fixar preços de bens e serviços ofertados em regime de monopólios naturais; a elas hoje compete fixar preços, expandir os mercados sob sua jurisdição – universalização – promover a atualização tecnológica dos produtos e serviços neles ofertados, e neles afirmar e promover a concorrência, sendo esta última atribuição crescentemente vista, com apoio na experiência recente, como a mais significativa cometida ao órgão regulador, no dizer de **BEESLEY**:

“A preferable alternative to detailed regulation of costs, profits or prices is greater reliance on competition policy.

(...)

The main aim should be to protect existing and potential competitors likely to be at a disadvantage when competing with a dominant incumbent, who in the past has generally had the advantage of statutory protection, and who even now probably has significant legal and other advantages (e.g. rights of way). Certain practices (e.g. price discrimination, refusal to supply, full-line forcing) should be

O dever de universalizar a prestação de serviço de telecomunicações, prescrito na Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações (art. 79), encontra seu correspondente de fundo social, no mercado de petróleo, na atribuição imposta à ANP de garantir o abastecimento de derivados de petróleo em todo território nacional. (Lei 9.478/97, art. 8º, I).

55 Um minucioso panorama das privatizações e criação de agências reguladoras, na recente experiência brasileira, é feito por SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização – privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

56 Cf. Areeda, P.; HovenkamP, H., Antitrust law. Aspen Law & Business, New York, NY, v. 1A, p. 21, 1997.

*explicitly prohibited if they are used by the dominant incumbent to eliminate or discipline specific competitors.*⁵⁷

7.0 A regulação do mercado de petróleo

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional de Petróleo – ANP – dispõe que “a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo...”. Em verdade, esta é a finalidade da Lei nº 9.478/97 – a regulação do mercado de petróleo em território brasileiro – e não da ANP, órgão administrativo especialmente criado ao qual a lei atribui competência para aplicá-la.

Atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo devem ser entendidas como a ação ordinária dos agentes econômicos presentes no mercado de petróleo. *Indústria de petróleo*, isto é, mercado de petróleo⁵⁸, é formado pelas atividades descritas no artigo 4º, da Lei 9.478/97⁵⁹, – submetidas ao regime de monopólio legal da União, porém admitida a exploração delas sob regime de concessão e autorização à iniciativa privada, nos termos

57 in BEESLEY, M. E. Privatization, regulation and deregulation. 2nd ed. New York: Routledge. 1997. p. 31

58 Traduziu literalmente o legislador nativo a expressão norte-americana “industry”, cujo significado em português refere ordinariamente produção de bens; “industry” naquele idioma compreende, em sentido largo, quase toda atividade produtiva e por essa razão pode, no idioma inglês, ser empregada como sinônimo de mercado, como faz Stigler: “The competition of different markets or industries...” (STIGLER, George. Competition. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). op. cit. p. 532).

59 “Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:

I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.

do artigo 5º da mesma Lei⁶⁰, articulados aos respectivos dispositivos constitucionais – e pelas demais atividades àquelas atividades relacionadas, não sujeitas todavia ao regime de monopólio.

Quis o legislador ordinário explicitar a regra igualitária, posta na Constituição Federal, no âmbito do mercado de petróleo, nomeando a empresa sob controle estatal nele presente e antes detentora do exercício do monopólio deste produto:

“Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Eergia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.” (nosso grifo)

As atividades referidas no *caput* do artigo acima citado são aquelas próprias do mercado de petróleo, sendo a elas aditadas todas as demais atividades correlatas às expressamente indicadas; pode a PETROBRAS empreendê-las livremente na persecução de seu objeto social, e se há de entender esta empresa de economia mista, e suas subsidiárias, entre aquelas referidas no artigo 173 da Constituição Federal, “empresas de economia mista e suas subsidiárias”; ou seja, a PETROBRAS e suas subsidiárias, que lhe integram o grupo econômico que lidera e assim age no mercado de petróleo.

A esta latitude de empreender fez o legislador corresponder, designadamente, a submissão integral da PETROBRAS à regra da livre concorrência; a sua ação dar-se-á em disputa com todas as demais empresas presentes no mercado de petróleo, nos termos ordinários deste mercado, isto é, em regime de *livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado*, este, é certo, sob regulação da ANP.

60 “Art. 5º As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.”

7.1 ANP: regulação e promoção da concorrência no mercado de petróleo

Cumprem os órgãos reguladores três funções essenciais: aplicar a lei especial que disciplina o mercado regulado nela definido; expedir normas infra-legais, disciplinando, no âmbito da lei especial, a ação dos agentes presentes no mercado regulado; sancionar infrações à Lei, às normas infra-legais e às obrigações contratuais, cometidas por agentes sob sua jurisdição, que compõe o quadro normativo do mercado regulado.

Atendendo ao princípio constitucional da livre concorrência que, como visto acima, condiciona toda a atividade econômica – e assim todos os mercados de bens e serviços – o legislador vinculou expressamente a disciplina do mercado de petróleo à livre concorrência – desde a formulação das diretrizes de “Política Energética Nacional”, a cargo do Conselho Nacional de Política Energética, à ação regulatória a ser exercida pela ANP:

“CAPÍTULO I - Dos Princípios e Objetivos da Política Energética Nacional

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

(...)

IX - promover a livre concorrência;”

À ANP cabe cumprir a Lei 9.478/97 e as “políticas” – em verdade diretrizes – que articulem os objetivos fixados no artigo 1º da referida lei, cuja formulação cabe ao referido Conselho, nos termos do artigo 2º, da mesma lei⁶¹, e estas “políticas” deverão visar obriga-

61 “Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior com o disposto na legislação aplicável;

toriamente a promoção da livre concorrência. A este propósito, vinculou o legislador a ação da ANP, ao por como dever seu implementar tais “políticas”, aquelas cometidas ao Conselho formular:

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;”. (grifamos)

Em mesma linha, especificou o legislador:

“Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios:

IV – regulação pautada na livre concorrência...”. (art. 3º, Anexo I, Decreto 2.455/98)

II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear;

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender as necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

§ 1º Para o exercício de suas atribuições, o CNPE contará com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

§ 2º O CNPE será regulamentado por decreto do Presidente da República, que determinará sua composição e a forma de seu funcionamento.”

Regulação aí está em sentido lato, a dizer a função regulatória em seu todo, compreendendo as funções executivas, repressivas e normativas da ANP, e, portanto, não apenas esta última, cumprida pela edição de normas infra-legais pela Agência⁶².

Desdobrando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, aplicou-os o legislador ao mercado de petróleo: alinhou todos os agentes em posição de igualdade e os submeteu à disputa concorrencial. E fixou, como uma das finalidades da regulação do mercado do petróleo, a promoção e a afirmação da livre concorrência, a este propósito vinculando a ação do Conselho Nacional da Política Energética Nacional e a ação da ANP.

O mercado de petróleo foi aberto ao concurso da iniciativa privada, admitida a exploração das suas atividades principais – pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás; refino de petróleo; importação e exportação dos derivados de petróleo; transporte marítimo e dutoviário do petróleo e seus derivados e gás natural - sob o regime de concessão e autorização. A estas atividades principais somaram-se, então vantajosamente, as atividades a elas relacionadas e que jamais foram objeto do monopólio estatal. É sobre este mercado, a compreender tais atividades, que se dá a ação regulatória da ANP, tendo sob sua jurisdição a PETROBRAS, esta não mais na qualidade de executora única do monopólio legal, cuja titularidade da União todavia subsiste.

No âmbito deste mercado, exerce a ANP a sua função regulatória. Em sua articulação ao princípio constitucional da livre concorrência e sua defesa, dispõe a Lei 9.478/97, incumbir à ANP, ao “*tomar conhecimento de ato que possa configurar indício e infração da ordem econômica*”, cometido no mercado de petróleo, o dever de comunicá-lo à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que deverá instaurar e instruir processo administrativo para apurar violação à Lei 8.884/94, cuja decisão cabe ao CADE; assim como cabe à ANP opinar, no âmbito de análise de ato de integração de poder econômico promovida pelos órgãos de defesa da concorrência, quando este ato envolver agentes presentes no mercado de petróleo. Note-se que em ambas hipóteses, cuida-se da aplicação da Lei 8.884/94 por parte dos órgãos competentes para aplicá-la.

62 Uma vez que a regulação caracteriza-se pela disciplina legal de um determinado mercado, a descrição da função do órgão ao qual cabe promovê-la, é, muitas vezes, impropriamente reduzida à função de expedir regras – regular, em sentido estrito. A função regulatória compreende a de fazer cumprir a lei, e sancionar-lhe o descumprimento, variando a intensidade e o momento das funções normativa e sancionadora, devendo ser constante a de fazer cumprir a Lei, que tem por núcleo a fiscalização dos agentes econômicos.

A função regulatória da ANP, a “*regulação pautada pela livre concorrência*”, não se esgota contudo no exercício de sua função auxiliar no cumprimento da lei de defesa da concorrência. Ao contrário, à ANP incumbe o dever de promover a livre concorrência no mercado de petróleo, e a sua atividade acha-se vinculada a esta finalidade, função esta estranha – antagônica mesmo – aos órgãos de defesa da concorrência. Para tanto, vale-se a ANP do seu poder regulamentar – a *regulação*, este o termo da Lei, aqui porém em sentido estrito – para, na medida do possível, afirmar e promover a livre concorrência como visto. Ou seja, não cabe à ANP apenas a função auxiliar de reprimir o abuso do poder econômico, ou de prevenir a sua concentração excessiva decorrente da integração de empresas, mas também a ela incumbe dispor para promover, no mercado de petróleo, a livre concorrência, função preeminente dos órgãos reguladores em mercados privatizados no dizer de duas das maiores autoridades em concorrência nesses mercados, **BEESLEY** e **LITTLECHILD**:

*“Competition is the most important mechanism for maximizing consumer benefits, and for limiting monopoly power. Its essence is rivalry and freedom to enter a market. What counts is the existence of competitive threats, from potential as well as existing competitors. The aim is not so-called ‘perfect’ competition; rather, one looks for some practical means to introduce or increase rivalry.”*⁶³

Hoje, a promoção da livre concorrência é a função que distingue a ação dos órgãos reguladores.

A concorrência pressupõe a rivalidade entre agentes econômicos presentes em um mesmo mercado; nesta rivalidade está a dinâmica competitiva do mercado, porém ela aí não se exaure: é necessário que, no mercado onde esta disputa se dê, seja reprimida a criação de barreira à entrada de novos agentes por parte daqueles já atuantes do mercado.

CAVE é incisivo quanto às vantagens, para o consumidor final, da concorrência, guardada na forma da Lei, sobre a regulação estrita:

“Competition involves rivalry among firms for the customer’s business across all the dimensions of the service-price, quality, and innovation. Its opposite is a situation in which a single firm can

63 BEESLEY, Michael; LITTLECHILD, Stephen. Privatization: principles, problems, and priorities In: BISHOP, Matthew; KAY, John, MAYER, Colin (Eds.). Privatization & economic performance. New York: Oxford University Press. 1994. p. 19.

effectively act independently of any competitors and impose a particular offering on the market place. Inevitably, competition is a matter of degree rather than something which is either fully present or absent.

(...)

As a method for obtaining the best deal for consumers, detailed regulation is seen by many to be inferior to systems allowing competition subject to the safeguards of general competition law.

(...)

Hence springs the expression: competition is the best regulator. Underlying this proposition is the belief that firms have the strongest incentives to give customers what they want in terms of price and quality of service when they are in competition. In such circumstances firms also have a strong incentive to gain a temporary advantage over their rivals through innovation and the development of new services. Compared with this scenario, the regulation of a monopoly that faces no competition has many disadvantages.”⁶⁴

Esses fatores – rivalidade e livre acesso – caracterizam o estado competitivo do mercado⁶⁵, e a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico guardam esse estado competitivo, que a experiência recente favorece sobre a regulação estrita.

Assim, nos atos que expeça e nas normas que edite, deve a ANP visar afirmar, ou incrementar, a livre concorrência no mercado de petróleo, em todos os seus segmentos, para o fim de aperfeiçoar sua estrutura para se ter uma melhor alocação de recursos e uma maior eficiência tecnológica – e, portanto, uma melhor e mais competitiva oferta – como mostra **HUGHES**:

64 Regulation versus Competition. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press. 1999. p. 210-211.

65 Demsetz identifica rivalidade à competição, ao dizer: “the concept of competition or rivalry”. DEMESSETZ, Harold. Why regulate utilities. In: STIGLER, George J. Chicago studies in political economy. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 267.

*“Competitive rivalry takes both the form of contests within existing markets, and the form of potential entry into new areas when prospective returns appear relatively attractive. It includes rivalry in terms of price, but also in terms of altered or improved techniques of production or products, and in terms of the provision of information to consumers about products. All these forms of rivalry have consequences for the level and rate of growth of the technical efficiency of production and standards of consumption, for the allocation of resources between industries, and for the evolution of the structures of markets themselves.”*⁶⁶

8.0 Ação regulatória e a concorrência no mercado de petróleo: Portaria ANP 116/2000

Diz o artigo 12, da Portaria nº 116/2000:

“Art. 12. É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista.

§ 1º O caput do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores.

§ 2º O posto revendedor de que trata o parágrafo anterior deverá atender as disposições desta Portaria e ter autorização específica da ANP, como posto revendedor escola.”

Em relação à forma, é a citada portaria ato infra-legal expedido pela ANP; e a matéria que lhe faz objeto é de natureza concorrencial pois afeta a estrutura concorrencial do mercado de petróleo. Não há dúvida quanto à competência da ANP para expedir norma regulamentar, de natureza infra-legal, função própria aos órgãos reguladores, e no caso dessa agência não só previsto em Lei senão vinculada essa função à promoção da concorrência, como se tem no artigo 3º, anexo 1, do Decreto nº 2.455/98, citado, que determina à ANP “regular pautada na concorrência”.

66 HUGHES, Alan. Competition policy. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). op. cit. p. 551.

Regular aí está em seu sentido estrito – editar norma infra-legal – e *portaria* é uma das formas de que esse tipo de norma se reveste, cuja verificação de sua legalidade refere obrigatoriamente a guarda de seus limites, isto é, se a norma infra-legal circunscreve-se ao âmbito da norma que lhe serve de fundamento legal. A propósito dos limites que deve a norma infra-legal expedida por órgão regulador – em verdade, por órgão da administração pública – observar, escrevemos:

“A subordinação de uma norma regulamentar aos termos da Lei é integral; esta encontra o seu âmbito no interior da Lei, ou na fração deste âmbito que a Lei lhe reservar. Se a Lei não indicar quais as matérias que podem fazer objeto de normas reguladoras, ou não excluir as matérias além daquelas que indicou, a matéria delas será a matéria da Lei, não podendo, em qualquer hipótese, as normas regulamentares alterar, acrescentando-as ou suprimindo-as, as disposições da Lei; podem apenas particularizá-las, explicitá-las. Quer dizer, às normas regulamentares é permitido somente desdobrar as disposições da Lei objetivando-as.”⁶⁷

A Lei 9.478/97 e o referido Decreto nº 2.455/98 fixaram a matéria que o ato infra-legal, a referida Portaria expedida pela ANP, desdobra – *regular pautada na livre concorrência* – ao particularizar sua aplicação ao mercado sob jurisdição da ANP: vedar a integração vertical dos mercados de distribuição e revenda de derivados de petróleo. A Portaria não acresceu, não alterou, não exorbitou, enfim, o conteúdo da lei e do decreto: dispôs sobre matéria própria à livre concorrência, o controle preventivo da concentração do poder econômico. E, ainda, não alterou, o que lhe seria igualmente vedado, a Lei 8.884/94, senão abriu, exclusivamente no mercado de petróleo, no segmento de distribuição e varejo de seus derivados, uma exceção, não para afastar a incidência desta norma, ou para alterar-lhe comando seu. Em verdade, a regra contida na Portaria citada proíbe, negando curso aos seus efeitos, a celebração de negócio jurídico de integração vertical, isto é, qualquer negócio jurídico que, de entre seus efeitos, tenha o de integrar empresas postas em segmentos conexos, um *a montante* – o distribuidor de derivados de petróleo – e outro *a jusante* – o varejista desses produtos – e assim concentrar-lhes o poder econômico.

Como visto acima, o controle da concentração do poder econômico de duas ou mais empresas é matéria concorrencial e se constitui na função

67 DUTRA, Pedro. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro n. 221, p. 247, jul./set. 2000.

preventiva, ao lado da função repressiva, atribuída aos órgãos incumbidos de aplicar essa lei. São três os tipos de integração: horizontal, vertical e conglomerada. Dá-se a primeira quando empresas antes independentes e atuantes no mesmo mercado relevante integram-se. Vertical é a integração de empresas atuantes em mercados conexos, situada uma à montante e a outra à jusante; por exemplo, produtora e distribuidora de um mesmo bem. Diz-se conglomerada a integração de duas empresas de mercados absolutamente distintos; esta forma de integração, por raramente trazer efeitos anticoncorrenciais, não constitui hoje, no entendimento corrente dos órgãos de defesa da concorrência, objeto de sua ação preventiva.

A finalidade do artigo 12, citado, da Portaria nº 116/2000, é proibir a integração vertical seja aquela que resulte de negócio jurídico que tenha por figurantes empresa distribuidora de derivados de petróleo e empresa que os revenda, seja a verticalização promovida pela expansão de linha de negócio, no caso, a constituição de empresa revendedora por empresa distribuidora, seja, ainda, a atuação desta, por qualquer forma, no segmento de revenda varejista. Entendeu a ANP, deduz-se da regra, que a integração, qualquer a sua forma, entre os segmentos de distribuição e de revenda de derivados de petróleo, poderia trazer efeitos concorrenciais negativos à livre concorrência no mercado de derivados de petróleo, e concluiu por proibi-la liminarmente, vedando aos distribuidores e varejistas a celebração de negócio jurídico de que resulte a verticalização entre esses agentes econômicos. Não há exceção estipulada na regra citada, alcançando assim a proibição a todas as empresas atuantes em ambos os segmentos.

Por outras palavras, demonstrada indispensável à defesa da livre concorrência a prevenção do abuso do poder econômico que possa resultar da concentração do poder econômico, tida por excessiva, esta concentração poderá, excepcionalmente, ser vedada ou condicionada, pelo órgão regulador, se assim legalmente autorizado – este é o caso presente – que, para tanto, poderá proibir que jurisdicionados seus – os agentes atuantes no mercado sob sua jurisdição, no caso as empresas atuantes no mercado de petróleo – realizem negócio jurídico do qual resulte integração do poder econômico.

Note-se que a proibição destina-se aos agentes em determinada situação, que estão em posição de realizar negócio jurídico de integração vertical do poder econômico de que disponham, esta a finalidade da Portaria; esta não tem por finalidade, portanto, alterar norma de defesa da concorrência, e sim disciplinar, preventivamente, uma dada situação no mercado sob o qual tem a ANP competência para disciplinar, pautada nos princípios da livre concorrência. Há, na hipótese aqui examinada, atenção à regra da livre concorrência por

parte da ANP, que lhe vincula a atividade, como, de resto, a de todos os demais órgãos administrativos de intervenção no domínio econômico.

8.1 Subsistência da Portaria ANP 116/2000

A proibição expressa na Portaria sem dúvida importa em uma restrição à liberdade de iniciativa e de concorrer; negado curso aos efeitos de negócio jurídico de integração de empresas, surge nítida a restrição ao direito de propriedade, restrição esta contudo admitida em Lei. Atende-se, em restrições dessa natureza, à função social da propriedade, sobre as prerrogativas amplas do seu exercício privado; como já pudemos observar:

“Essa exceção ao pleno exercício do direito da propriedade é admitida no direito brasileiro e acha o seu fundamento no princípio constitucional da função social da propriedade, disposto em linha com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, princípios complementares entre si e regentes da ordem econômica, a dizer prevalecer, eventualmente e na forma da Lei, a atribuída função social da propriedade sobre o pleno exercício das prerrogativas a ela inerentes, e ordinariamente asseguradas nas regras de direito privado ao titular do bem. (...)”

A qualificação excepcionante indica a limitação, estendida à ordem econômica, ao exercício do direito de propriedade; e, como todas as demais formas de intervenção estatal na ordem econômica, está disposta em Lei, em cumprimento à regra do artigo 174 da Constituição Federal.”⁶⁸

Como visto, à ANP cabe agir, e assim editar normas infra-legais, pautada pelo princípio da livre concorrência, e o controle da concentração do poder econômico, função de caráter preventivo, é uma das formas ordinárias de defesa da livre concorrência, explicitamente prevista em Lei. Nesse contexto, enquadram-se as normas infra-legais expedidas por órgãos reguladores, que fixem proibição de integração do poder econômico. Tal a Portaria ANP nº 116/2000, e seu artigo 12.

68 in DUTRA, Pedro. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 148, out./dez. 2001.

Contudo, a proibição liminar de concentração econômica, que pode a Lei atribuir competência ao órgão regulador promover, não é incondicionada: vincula-se liminarmente à demonstração efetiva, pelo órgão regulador, de que, se admitida, tal concentração impediria, ou comprometeria, precisamente a afirmação de livre concorrência no mercado em causa, cuja estrutura ordinariamente apresenta-se concentrada.

A concorrência não é um simples contexto de negócios, mas sim um processo dinâmico, que reage às alterações dos mercados, de estrutura dos mercados, de conduta dos agentes e dos hábitos dos consumidores. Por conseguinte, as normas que tenham por finalidade discipliná-las ou que visem afirmá-la, alcançam uma realidade em permanente câmbio, com maior ou menor intensidade, o que requer do órgão regulador não apenas editar normas, mas acompanhar as alterações que ocorram no mercado, na sua estrutura, na conduta de seus agentes e nos hábitos dos consumidores, para que as normas que edite, visando a afirmação e a preservação da livre concorrência, e nesse contexto especialmente as de proibição, não venham a ser superadas ou surjam já vencidas, e assim acabem por ter efeito diverso, senão inverso, àquele visado.

A extensão do poder regulamentar aos órgãos reguladores tem, precisamente, a finalidade de dotá-los de meios de disciplina expedita e minudente dos mercados econômicos sob sua jurisdição, o que o processo legislativo ordinário não alcançaria prover. Essa elasticidade do poder normativo tem, como visto, o seu limite na Lei que estende este poder ao órgão regulador; é no âmbito da Lei que deve o órgão regulador exercer seu poder normativo, e de forma e a tempo para que ele se mostre apto a atender à realidade dos mercados regulados em toda a sua dinâmica, para realizar a sua finalidade inexas de promover a concorrência no mercado sob sua jurisdição.

Por outras palavras, a ação normativa, de caráter restritivo, é ação, por princípio excepcional porque contraposta à afirmação da livre concorrência, esta uma finalidade permanente do órgão regulador.

Portanto, se, de um lado, é competente a ANP para expedir regras como a do artigo 12 citado, de outro, é dever seu verificar, em caráter permanente, a subsistência das condições do mercado que lhe motivaram a edição da regra de proibição, para avaliar, no quadro da realidade concorrencial, a oportunidade e a conveniência da permanência dessa regra. Insubsistente aquelas condições de mercado, deve a ANP revogar a regra de proibição que expediu, excepcional e preventiva, remanescendo, porém, o controle ordinário das integrações empresariais, ao qual todas as empresas atuantes no mercado de petróleo estão submetidas, sem exceção.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AREEDA, P.; HOVENKAMP, H., *Antitrust law*. Aspen Law & Business, New York, NY, v. 1A, 1997.

AULETE, F. J. Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Lisboa, 1911.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press. 1999.

BEESELEY, Michael E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2nd ed. New York: Routledge. 1997.

_____. LITTLECHILD, Stephen Littlechild. *Privatization: principles, problems, and priorities* In: BISHOP, Matthew; KAY, John, MAYER, Colin (Eds.). *Privatization & economic performance*. New York: Oxford University Press. 1994.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Conselheiro-relator. Ato de concentração nº 08012.004550/99-11 - Requerentes Integral Holdings S/A e Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS), Julgado em 28 de março de 2001.

DEMESETZ, Harold. Why regulate utilities. In: STIGLER, George J. *Chicago studies in political economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

DUTRA, Pedro. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001.

_____. Novos Órgãos Reguladores: energia, petróleo e telecomunicações. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 38, mar. 1997.

_____. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro n. 221, jul./set. 2000.

O ESTADO de São Paulo, São Paulo, 28 fev. 2002. Caderno Economia, p. B10).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1896.

HUGHES, Alan. Competition policy. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1.

KRATTENMAKER, Thomas G.; LANDE, Robert H; SALOP, Steven C. *Monopoly power and market power in antitrust law*. In: FIRST, Harry; FOX, Eleanor M.; PITOFSKY, Robert (Ed.) *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal, economic, and political policy*. New York: Quorum Books. 1991.

MAGALHÃES, Agamemnon. *Abuso do poder econômico: Projeto de Lei regulando a aplicação do art. 148 da Constituição Federal*. Recife: Ed. Folha da Manhã, 1949.

MORAES SILVA, Antonio de. *Dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1932. v. 2.

NOVÍSSIMO Dicionário Latino-Português. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1905.

PHILLIPS, Charles F. Jr. *The regulation of public utilities: theory and practice*. Virginia: Public Utilities Reports, 1993.

POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute. 1999.

PRESIDENTE defende redução no preço do gás. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 jul. 2002. p. A11.

RAMAJOLI, Margherita. *Attività amministrativa e disciplina antitrust*. Milano: Giuffrè 1998.

REALE, Miguel. *Abuso do poder econômico e garantias individuais*. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo (Org.). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

REGULATION versus Competition. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press. 1999.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. Teoria della regolazione. In: *Lo Stato regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000.

STIGLER, George. Competition. In: EATWELL, John; MILGATE, Murry; NEWMAN, Peter (Eds.). *The new palgrave: a dictionary of economics*. London: Macmillan; New York: Stockton Press, 1998. v. 1.

TÁCITO, Caio. *Panorama do direito norte-americano e de outros países*. In: _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. In: *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

UNIVERSAL Service. In: NEWTON, Harry. *Newton's Telecom dictionary*. 17th ed. New York: CMP Books, 2001. p. 729-730.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RESTRIÇÃO VERTICAL POR FIXAÇÃO DE PREÇOS

*Marcos Vinício Chein Feres**

SUMÁRIO

Introdução; 1. Concorrência, preços e práticas verticais restritivas, 1.1. A concorrência e o sistema de preços; 1.2 O contrato, a concorrência e a verticalização; 1.3 Práticas verticais restritivas: preços e concorrência intra e entre-marcas; 2 Preços diferenciados e distribuição; 2.1 Noção geral; 2.2 Restrição vertical e diferenciação de preços; 2.3 Fixação de preços, discriminação e restrição vertical; 3 Fixação vertical de preços (fixação de preço de revenda); 3.1 Preços de revenda e restrição vertical; 3.2 A eficiência da fixação de preços de venda; 3.3 O preço de revenda como limitação à concorrência; 3.4 Imposição de preços e algumas decisões do CADE; Conclusão; Referências bibliográficas

Introdução

Atualmente, a modificação na estrutura econômica tem levado juristas e economistas a preocuparem-se, cada vez mais, com a natureza e a configuração das condutas anticoncorrenciais. Em verdade, organizar a concorrência passou a ser fundamental numa economia de livre mercado constitucionalmente estabelecida. Não se pode, de forma alguma, negar que a nova ordem constitucional econômica funda-se na liberdade de iniciativa e na valorização do trabalho humano, o que, em suma, serve para demonstrar a importância de garantir-se um sistema de concorrência viável.

Dentro deste contexto, é essencial conhecer as práticas de restrição à concorrência. De várias maneiras, os agentes econômicos procuram distorcer a concorrência a fim de monopolizarem o mercado e, assim, maximizarem seus lucros. Dentro de um espectro de infrações à concorrência, destaque-se a restrição vertical por preços, ilícito concorrencial de difícil configuração. Por

* Mestre e doutorando em Direito Econômico pela UFMG e Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora.

isso, deve-se procurar caracterizá-la de forma a dotar de elementos os órgãos de defesa de concorrência no momento de avaliar os potenciais danos provocados por tais condutas no mercado.

Em um primeiro momento, procura-se estabelecer a importância do sistema de preços no contexto de concorrência completa. As ações econômicas são condicionadas por um conjunto de regras e princípios jurídicos, essencial para a configuração de ilícitos concorrenciais. Verificada a natureza da instituição jurídica da concorrência, passa-se por uma rápida relação entre o contrato e a verticalização, assim como por uma sucinta abordagem das formas de concorrência intra e entre-marcas.

Em seqüência, demonstra-se a relação entre preços e restrição vertical. A imposição de preços a distribuidores, a elaboração de tabelas de preços de venda entre outras consistem em fixação vertical de preços que podem vir a impedir a concorrência.

Todavia, para se configurar tal conduta como potencialmente danosa à concorrência, não se pode deixar de estudar as eficiências geradas pela imposição de preços pelo fabricante aos revendedores. Ademais, muitos economistas e alguns juristas vêm sustentando a exclusão da ilicitude dessa prática quando atenda a uma maior eficiência na cadeia de produção.

Em contrapartida, tendo em vista o objetivo do presente estudo que é fornecer subsídios para a configuração desse especial tipo de restrição vertical, impõe destacar a limitação à concorrência e outros efeitos da infração de imposição unilateral de preços aos revendedores. Num rápido estudo comparativo, percebe-se uma importante mudança na mentalidade das autoridades antitrustes no que toca à caracterização da fixação vertical de preços.

Por fim, a partir de alguns casos anticoncorrenciais, julgados pelo CADE, conclui-se que há, cada vez mais, necessidade de compreender-se a estrutura do mercado, o poder de mercado de determinadas empresas a fim de verificar se determinado tipo de infração ocorreu e teve como efeito, por isso, restrição à concorrência.

1 Concorrência, preços e práticas verticais restritivas

1.1 A concorrência e o sistema de preços.

Não há dúvidas de que a economia de mercado se funda num sistema de preços. O mercado, espaço onde se desenrola a concorrência, realiza-se tendo em vista a oferta e a procura de bens e serviços e a correspondente atri-

buição de preços. Segundo BRUNA (1997: 75), o mercado consiste no “espaço abstrato onde se concentram ofertas e procuras, e onde compradores e vendedores estabelecem contratualmente as suas relações de intercâmbio”. Extraia-se dessa definição que, ao pactuarem relações de intercâmbio, ofertantes e demandantes atribuem preços a bens e serviços a fim de tornar exequível o contrato em questão.

Neste contexto, está claro que o preço é importante componente no sistema de competição e de livre mercado. Esta idéia é facilmente comprovada tendo em vista o conceito econômico de mercado competitivo. Conforme VARIAN (1996: 284), “*a market where each economic agent takes the market price as outside of his or her control is called **competitive market***”. Dentro dessa perspectiva, pode-se afirmar que a concorrência num dado mercado é tanto maior quanto menor for o controle do agente econômico sobre o preço de determinado bem ou serviço ofertado. Em suma, a concorrência será maior num mercado onde as empresas são, do ponto de vista microeconômico, *price takers* (tomadoras de preços).

Num mercado competitivo, embora o preço de mercado seja independente da ação individual de um determinado agente, sabe-se que as condutas dos vários agentes é que, em última análise, o determinam (cf. VARIAN, 1996: 284).

Economicamente, é fácil concluir que o preço é o elemento determinante no processo concorrencial. Diz-se de uma empresa concorrendo no mercado competitivo que ela é *price taker* e de uma empresa monopolista que ela é *price maker*. O próprio parâmetro, ainda que não o único, para separar aquele que atua em regime de concorrência do que atua em regime de monopólio, dentro do mercado, é o de controle sobre os preços.

Ressalte-se, ainda, um outro exemplo do ponto de vista microeconômico. O conceito de elasticidade da demanda se sustenta tendo em vista a relação entre demanda e preço. VARIAN (1996: 267) ressalta que “*think of the elasticity as the responsiveness of the quantity demanded to price, and it will be easy to remember what elastic and inelastic mean*”. A afirmação é clara e coerente, pois a demanda é mais ou menos elástica se maior é o número de produtos ou serviços substitutos próximos que levariam a uma variação na curva de demanda, tendo em vista o aumento ou diminuição do preço de determinado bem ou serviço.

A relação entre preços e concorrência, em Economia, é patente. Desde a definição de mercado até a conceituação de elasticidade da demanda, percebe-se presente um sistema de preços como determinante das relações

econômicas fáticas que se realizam dentro do ambiente institucional criado pela concorrência.

Juridicamente, os preços são, do mesmo modo, preponderantes na realização de uma economia de livre mercado. Do ponto de vista constitucional, há uma idéia inicial de que o legislador, ao optar pela propriedade privada dos meios de produção, pela livre iniciativa e pela liberdade de concorrência, instituiu um sistema livre de preços. O Estado, no atual ordenamento jurídico, não mais impõe preços num caráter intervencionista dirigista, como o fazia antes. Em regra, a instituição jurídica da concorrência, composta não só das ações econômicas supracitadas, mas também de valores jurídico-constitucionais¹, passa a condicionar o comportamento dos agentes no mercado seja no que concerne à quantidade produzida e ofertada seja no que concerne à atribuição de preços.

A concorrência, como estrutura normativa, fundamentada num sistema constitucional de liberdade de empresa, assume um caráter institucional que a juridiciza. Toda a ação econômica que se realiza no mercado passa a ser limitada pelo conjunto de regras jurídicas fundadas no princípio constitucional da liberdade de concorrência. Reforçando a idéia de instituição jurídica da concorrência, como parâmetro da ordem econômica, FONT GALÁN (1987: 169) leciona que:

“El fundamental paradigma enjuiciador aplicable en dicho análisis comparativo no ha de ser otro que el de la estructura normativa referencial o modélica de la competencia constitucionalizada formal y materialmente: en suma, el modelo ordinamental de la competencia, como superior estructura normativa referencial de la materia. Este modelo de competencia nutre de sustancia normadora

1 É importante destacar que, hoje, não mais prevalece a liberdade irrestrita dos agentes no mercado como únicos atores a determinar o preço e a quantidade de bens ofertados. Conforme salienta VIDIGAL (1977: 26), “o poder contratual das grandes empresas e dos grandes proprietários, transformando em simples ato de adesão o consentimento daqueles com quem contratavam, resultou em atitude regulamentar do Estado, de intenção niveladora”. Diante dos grandes monopólios, surgiu a necessidade de criarem-se leis específicas que viriam a conter os abusos de poder econômico de particulares. O mercado, para ser competitivo, passou a precisar de molduras legais que contivessem a atuação de agentes econômicos. Por tudo isso, a concorrência, antes regida por leis exclusivamente econômicas, transformou-se em instituição jurídico-econômica, vindo a determinar a ação econômica tendo em vista princípios e valores jurídicos.

el orden público concurrencial y de índices o criterios de enjuiciamiento el modelo de ilícito concurrencial, sistemático, general y unitario, necesariamente forjado e integrado con los materiales e índices normativos de dita estrutura modélica de competencia aquilatada en nuestra Constitución económica.”

A exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico espanhol, a concorrência foi erigida à instituição jurídica, pela Constituição Econômica Brasileira. A livre concorrência, hoje dotada de juridicidade, apresenta-se como um conjunto de princípios e regras jurídicas que condicionarão a ação dos agentes econômicos no mercado, partindo-se de um sistema econômico de liberdade de preços.

1.2 O contrato, a concorrência e a verticalização

A idéia de verticalização remonta à noção de empresa. Esta é a mais simples e rudimentar das formas de integração vertical. Pode-se afirmar que a empresa consiste na redução de custos de transação, uma vez que, em seu interior, de acordo com um determinado *modus operandi*, são realizadas as transações que naturalmente ocorreriam na complicada estrutura do mercado (COASE, 1988). Reduzem-se, dessa forma, os contratos que antes eram elaborados no mercado, já que a empresa, decorrente de uma estrutura organizacional, substitui-se a esses instrumentos jurídicos externos de elevados custos.

Dentro deste contexto, WILLIAMSON (1985) demonstra que a empresa, como entidade independente, se viabiliza para economizar custos de transação. A empresa, de acordo com o autor (WILLIAMSON, 1985), é uma estrutura governável cujo fim maior é reduzir os custos com a elaboração de contratos dentro da intrincada rede do mercado.

Partindo-se desse pressuposto, não é difícil concluir que a integração vertical, tendo sua origem na instituição da empresa, deve, em princípio, ser entendida como um importante instrumento na redução de custos de transação. PORTER (1998: 300) sustenta que “*vertical integration is the combination of technologically distinct production, distribution, selling, and/or other economic processes within the confines of a single firm*”. A empresa assume no interior de sua estrutura administrativa as transações que seriam realizadas no mercado (PORTER, 1998).

Todavia, é forçoso convir que nem sempre a melhor decisão é a concentração de empresas em diferentes estádios da produção. Como salienta WILLIAMSON (1983), se, da verticalização, resulta uma empresa gigantesca, pode ficar comprometida a tese de que essa modalidade de concentração re-

presenta economia de custos de transação. Entretanto, o próprio autor apresenta soluções para esta situação.

Richard POSNER (1976: 202) também atenta para esse detalhe, quando considera a possibilidade de determinados contratos de exclusividade serem mais econômicos do que a concentração vertical em si (“*compared to a vertical merger, exclusive dealing has the advantage of avoiding possible diseconomies of vertical integration*”).

Dentro de uma estrutura normativa de concorrência, os contratos realizados entre empresas ascendentes e descendentes (*upstream and downstream firms – forward and backward integration*) devem ser monitorados, porque, apesar de não representarem uma típica concentração vertical, podem gerar distorções no mercado e, principalmente, no preço competitivo.

Conforme destaca Werter FARIA (1992: 36), “a cooperação entre empresas independentes obedece aos métodos verticais e horizontais”. De acordo com as considerações de FARIA (1992), constata-se que a cooperação vertical entre empresas independentes pode se realizar por meio de contratos que estabelecem preços mínimos e máximos de revenda, que determinam exclusividade, que ditam a quantidade a ser produzida e comercializada, etc.

Dessa forma, está claro o papel dos contratos entre empresas em diferentes estádios da produção. O contrato pode ser, sem dúvida alguma, um instrumento de restrição da concorrência que, em última análise, afeta não só uma das empresas contratantes mas também o consumidor. É, por isso, de fundamental importância o estudo de práticas verticais restritivas, dado que estas se revelam inibidoras do processo concorrencial completo².

1.3 Práticas verticais restritivas: preços e concorrência intra e entre-marcas

Tendo em vista a relação entre a instituição da concorrência e o sistema de preços, é importante notar que a restrição vertical, em regra, viabiliza-

2 A expressão concorrência completa é bem mais abrangente que *workable competition* (concorrência praticável), sendo, pois, definida, segundo GERBER (1998: 245), como “*competition in which no firm in a market has power to coerce conduct by other firms in that market*”. Enquanto a concorrência praticável é aquela possível de exigir-se dentro das condições materiais existentes, a concorrência completa funda-se na existência de um sistema jurídico eficaz que impeça uma determinada empresa de prevalecer sobre outras no mercado em razão de seu poder econômico.

se através do controle de preços de produtos e serviços a serem distribuídos ou comercializados por determinados agentes econômicos. Assim, pode-se verificar que as práticas verticais restritivas, assumindo a forma jurídica de contratos, geram desequilíbrios no mercado concorrencial, não por circunstâncias fáticas inerentes ao processo competitivo mas por criações artificiais entre fornecedores e distribuidores.

De acordo com SULLIVAN & HARRISON (1998: 217), “*vertical restraints are limitations placed on retailer activities by the manufacturer or distributor*”. Os autores dividem as restrições verticais em duas grandes categorias. A primeira refere-se aos acordos nos quais o vendedor visa a controlar as circunstâncias relacionadas com a revenda do produto, atingindo, pois, a concorrência entre vendedores de um mesmo produto (*intra-brand competition*) (SULLIVAN & HARRISON, 1998). A segunda categoria de restrição vertical consiste no esforço de um determinado vendedor em evitar que o comprador adquira e comercialize produtos de outras marcas concorrentes (*inter-brand competition*) (SULLIVAN & HARRISON, 1998).

A partir da classificação apresentada por SULLIVAN & HARRISON (1998), não parece difícil concluir que, levando-se em consideração o fator preço, a concorrência intra-marcas corre o risco de desaparecer em razão de restrições verticais cujo objetivo seja evitar variações de preços entre aqueles fornecedores e distribuidores de um mesmo produto ou serviço.

Por esse prisma, a fixação de preços de revenda é uma infração à concorrência que cabe ser analisada dentro do espectro de ações econômicas realizadas por fornecedores e distribuidores de um mesmo produto ou serviço. A avaliação da ilicitude dessa conduta empresarial deverá levar em conta as diversas situações fáticas que conduzem a uma limitação ou restrição no preço final do produto ou serviço apresentado ao consumidor.

2 Preços diferenciados e distribuição

2.1 Noção geral

É muito comum vincular-se a discriminação de preços aos mercados concentrados, do ponto de vista horizontal, a saber, aos desvios do monopolista³. Em consequência de um determinado poder monopolístico, a diferença de

3 VARIAN (1996) disserta que há três espécies de preços discriminatórios decorrentes do poder do monopolista de vender diferentes unidades de produção por diversos

preços assume papel preponderante, também, quando diante de relações entre empresas localizadas em diversos estádios da produção. O preço, em síntese, é o poder de barganha que têm fornecedores e distribuidores ao tentar estabelecer suas relações contratuais.

Diferenciar preços significa vender a distintos distribuidores ou revendedores um idêntico produto por preço desigual, sem qualquer parâmetro objetivo que justifique a distinção. Esta diferenciação pode-se dar por meio de descontos a especiais compradores ou, ainda, por meio de tabelas de custo e de revenda mais vantajosas a determinados distribuidores ou revendedores.

No entanto, a discriminação de preços pode-se dar em relação ao produtor, quando, ao seu produto, é atribuído um preço muito menor (que desqualifique o produto) ou muito maior (que leve o consumidor a optar por outro substituto) no momento da venda, tendo em vista parâmetros totalmente injustificados. Obviamente, trata-se de hipótese mais remota, mas que pode ocorrer na realidade. Entretanto, é sabido que o produtor ou fornecedor possui meios mais ágeis e eficazes de contornar essa situação (criando, por exemplo, tabelas impositivas de preços para o distribuidor ou elevando ou diminuindo o preço de custo do produto).

2.2 Restrição vertical e diferenciação de preços

HOVENKAMP (1994: 400) afirma que “*vertical restrictions, particularly vertical territorial or product division, may be designed to facilitate price discrimination by the manufacturer*”. De acordo com o autor, o preço discriminatório ocorre quando o vendedor obtém maiores lucros de um determinado grupo de fregueses do que de outro (HOVENKAMP, 1994). A partir dessas considerações, pode-se concluir que um determinado fornecedor, a fim de exercer a discriminação de preços, deve possuir um determinado poder de mercado.

Conforme ensina HOVENKAMP (1994: 401), há duas significativas barreiras à imposição de preços discriminatórios pelo produtor. A primeira consiste na dificuldade de identificarem-se e separarem-se os grupos de con-

preços. O preço discriminatório de primeiro grau consiste na venda de diferentes unidades de produção por preços diversos e estes diferem de pessoa para pessoa. O de segundo grau consiste na diferenciação dos preços de unidades do produto mas para aqueles que compreem quantidades distintas. Já o preço discriminatório de terceiro grau caracteriza-se pela venda do produto para diferentes pessoas por preços distintos, mas pagam o mesmo preço pessoas numa mesma situação (descontos para estudantes).

sumidores que estariam dispostos a pagar mais pelo produto. A segunda deriva da possibilidade de determinados compradores privilegiados repassarem o produto àqueles prejudicados pela discriminação de preços, frustrando, pois, o esquema do produtor de diferenciação entre os compradores. Esta segunda barreira à discriminação de preços é denominada *arbitrage* pelos norte-americanos.

Em razão disso, percebe-se que o produtor, a fim de obter êxito na discriminação de preços, procura se valer das restrições territoriais verticais e das restrições verticais em relação ao adquirente do produto (HOVENKAMP, 1994). O caso *Clairol*, citado por HOVENKAMP (1994: 401), é exemplo de restrição vertical quanto ao adquirente. Constatou-se, neste caso, que o produto (tintura para cabelo) apresentava preços mais módicos para salões de beleza, ficando, pois, os distribuidores da tinta para cabelo para salões de beleza proibidos de disponibilizar o mesmo produto para consumidores comuns. A discriminação de preços surtiu efeito, uma vez que o produtor embalava a tintura em garrafas diferentes, o que facilitou a fiscalização da restrição vertical em relação aos adquirentes do produto.

Seguindo o raciocínio do autor norte-americano, pode-se concluir que os preços se revelam como a razão maior da existência de restrições verticais. Os produtores assim como os distribuidores determinam suas estratégias de venda, visando a um controle, cada vez maior, sobre os preços. Seja para defender a qualidade do bem disponibilizado no mercado, seja para obter maiores lucros, o produtor procura estabelecer um limite de preços cujo efeito imediato pode ser restringir o processo de concorrência. Obviamente, deve-se analisar cada caso específico de discriminação de preços a fim de verificar se existe a possibilidade de dano à concorrência. Em suma, não se pode, *a priori*, configurar a diferenciação de preços como ilícito concorrencial.

2.3 Fixação de preços, discriminação e restrição vertical

A fixação de preços pode ser entendida como uma espécie de preços discriminatórios. O produtor, ao fixar preços para a revenda de seus produtos, pode vir a exercer diferenciação não só entre distribuidores mas também entre consumidores finais. A fixação de preços não se revela somente pela imposição de valores específicos para venda do produto. Não é falso dizer que a concessão de descontos para específicos distribuidores é, também, um importante instrumento de fixação de preços, com relevante caráter discriminatório.

Verifique-se que, ao atribuir descontos para certos revendedores, o produtor está fixando o preço final do bem abaixo do valor estabelecido para outros concorrentes na cadeia de distribuição. Trata-se, sem dúvida, de dis-

criminação que pode levar à eliminação dos concorrentes desfavorecidos. Dentro deste contexto, pode-se concluir que há prática concertada entre produtor e determinados distribuidores a fim de controlar e monopolizar o mercado de revenda, valendo-se, assim, da fixação de preços a menor para os integrantes do cartel.

Esse tipo de conduta anticoncorrencial é muito sutil e de difícil comprovação, já que os revendedores não favorecidos somente denunciam o fornecedor quando já totalmente inviabilizada a atividade de distribuição e venda do produto.

Enfim, a fixação de preços, conforme se verá adiante, é importante instrumento de controle do mercado de venda do produto pelo fabricante. Ao fixar o preço de venda, o fabricante tem em mente, em princípio, aumentar o volume de vendas e evitar a imposição de preços supracompetitivos pelos distribuidores e revendedores.

3 Fixação vertical de preços (fixação de preço de revenda)

3.1 Preços de revenda e restrição vertical – estudo comparativo

Segundo VISCUSI *et al.* (1995: 240), “*resale price maintenance or RPM means that the supplier requires the dealer to resell its product at some set price. (It is sometimes referred to as vertical price fixing)*”. A fixação de preço de venda pode consistir na exigência, por parte do fornecedor, não só de um preço mínimo de revenda, mas também de um preço máximo. Em suma, fixar verticalmente os preços significa estabelecer um determinado valor pelo qual o produto do fornecedor deverá ser vendido. Um exemplo muito comum e mais explícito de fixação de preços de venda é o da imposição de tabelas aos revendedores de determinados produtos.

Dentro deste contexto, é importante retomar que a fixação de preço não necessita de estar atrelada a um acordo expresso entre fornecedor e distribuidor estabelecendo preços mínimo e máximo de revenda. Esta restrição vertical pode muito bem ocorrer através de um acordo entre produtor e revendedor que não limite expressamente o preço, mas que impeça a venda do produto a determinados vendedores que concedem descontos (HANDLER *et al.*, 1997)⁴.

4 Assim afirmam HANDLER e outros (1997: 580) que “vertical price fixing can involve the fixing of either maximum or minimum prices at which dealers can resell.

Deve-se considerar que a fixação vertical de preços é um instrumento bem eficaz na provável eliminação de concorrência intra-marca (aquela que se dá entre comerciantes de um mesmo produto). Ao se estabelecerem preços mínimos ou máximos de revenda, garante-se um determinado padrão de atuação naquele mercado de produto e os revendedores não mais necessitam diminuir preços a fim de conquistar a clientela. O fornecedor, pela fixação de preços, pode ter em vista impedir a cobrança de preços supracompetitivos pelos revendedores, disponibilizando, por isso, lucros certos para estes⁵. Isto, em suma, contribui para uma sensível diminuição da competição entre revendedores do mesmo produto com relação ao preço praticado num determinado mercado. De imediato, há um prejuízo para o consumidor que vê restringido o exercício de seu direito de escolha.

Essa conduta justifica-se, conforme AREEDA & KAPLOW (1997), pela necessidade de o fornecedor evitar cobrem os revendedores preços tão altos que diminuiriam o volume de vendas e comprometeriam os lucros daquele. Neste sentido, afirmam os autores norte-americanos a razão do controle de preços pelo produtor do bem (ARREEDA & KAPLOW, 1997: 612-613):

“If, in fact, higher retail prices generated more aggregate profits, the manufacturer’s preference would be charge a higher wholesale price – reaping the profits itself – leaving a margin for retailers just sufficient to cover their costs (including a normal profit). Thus the manufacturer would take into account its production and distribution costs and the prices of competing brands and set its wholesale price accordingly[...]. Ordinarily, a manufacturer will maximize its profits by selling wholesale at a price satisfactory to itself and by

Effects on price can also be achieved indirectly through lesser restraints – for example, an agreement between the supplier and intermediate dealers that does not limit price at which they sell, but provides that they will not do business with ‘known discounters’”.

5 Neide MALARD (1994: 128) disserta que “no mercado competitivo, ao vender seus produtos, o fabricante, com o preço de venda, já se remunera dos custos e obtém seu lucro. O preço estabelecido pelo revendedor não afetará, em princípio, a margem de lucro do fabricante. Todavia se o revendedor aumentar muito os preços, o volume de vendas certamente diminuirá, se o consumidor não estiver disposto a pagar preços mais altos”. Se isso vier a ocorrer, os lucros que o fabricante auferiria no mercado de revenda com preços mais baixos ficarão comprometidos. Por isso, a fixação de preço de venda pelo produtor acaba sendo um remédio eficaz para ele contra a elevação de preços pelo revendedor.

encouraging maximum competition among dealers in order that their profit margins might be as low as possible, consistent with the continued performance of their distribution function. Excessive dealer profit resembles a tax on the product.”

Note-se que os autores chegam a sustentar a imprescindível concorrência entre os revendedores a fim de manter-se um preço de equilíbrio que, em última análise, satisfaria tanto ao fornecedor quanto aos consumidores. No entanto, a fim de maximizar seus lucros, o produtor acaba por fixar preços mínimos para os vendedores, eliminando qualquer possibilidade de concorrência intra-marca.

De acordo com SULLIVAN (1977: 377), *“unless there is some basis for antitrust exemption, an agreement between a seller and its buyer fixing the price at which the buyer may resell the product is a per se violation of Section 1 of the Sherman Act”*. Nos Estados Unidos, a fixação vertical de preços é ilícito *per se*, tendo em vista alguns efeitos básicos. O primeiro deles, conforme SULLIVAN (1977), é que, fixando o fabricante o preço de venda do produto, comprometida fica a concorrência entre revendedores. Além deste, há um efeito específico que consiste no fim dos benefícios da competição intra-marca, pois, uma vez determinado o preço final, não poderá haver diferenciação de preços entre os compradores que pagariam mais pelo produto (SULLIVAN, 1977).

Quanto à fixação de preços de revenda na União Européia, saliente-se que o artigo 85 do Tratado de Roma visa a impedir qualquer forma de atuação concertada entre fornecedores com relação ao estabelecimento de preços de venda contra os vários distribuidores, desde que afete o comércio entre os Estados-Membros e tenha como objeto e efeito a eliminação, restrição e distorção da concorrência (GOYDER, 1992). Segundo GOYDER (1992: 271-273), *“in general, the trend of the two last decades in Member States of the Community has been to reduce the extent to which resale price maintenance is accepted as desirable economic practice, and development of Community competition policy[...]has reflected this tendency”*.

Observe-se que, de um modo geral, cresce a preocupação com a fixação vertical de preços, como conduta anticoncorrencial, dado que esta representa um eficiente instrumento a favor de atuações concertadas que põem em risco a defesa da concorrência em seu mais amplo sentido.

Por tudo isso, pode-se concluir com SULLIVAN (1977) quando este afirma que a concorrência passa a existir somente entre meia dúzia de fabri-

cantes e não mais entre uma dezena de revendedores num dado mercado relevante⁶. Inevitavelmente, a concorrência vem a sofrer restrição porque estabelecido um determinado controle de preços os quais naturalmente estariam sujeitos às variações do mercado. Dessa forma, cabe ao Estado intervir e reestabelecer o equilíbrio nas relações dentro do mercado, através da legislação de proteção à concorrência⁷.

3.2 A eficiência da fixação de preços de venda

Quando se menciona a restrição vertical por fixação de preços, há uma leve tendência a considerar tal processo como eficiente do ponto de vista econômico para empresas e consumidores dentro do contexto de mercado. Muitos autores têm sustentado a não ilicitude dessa conduta tendo em vista a não produção de efeitos antieconômicos.

Richard POSNER (1992) salienta que a fixação de preços de venda tem como objetivo primordial evitar *free riders*⁸, visto que aqueles distribuidores mais bem equipados e preparados para vender o produto ou prestar o serviço não podem sofrer com a redução do preço daqueles que não apresen-

6 Mercado relevante é o espaço geográfico em que se desenrola a concorrência, tendo em vista a maior ou menor substitutibilidade de um determinado produto. Para um conceito preciso de mercado relevante, veja SALGADO, Lúcia Helena. O conceito de mercado relevante, Revista de Direito Econômico, Brasília, n.º 26, pp.37-46, agosto-dezembro de 1997 e SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo : Malheiros, 1998.

7 A Lei Brasileira n.º 8884/94 estabelece no inciso XI do artigo 21 que caracteriza-se infração à concorrência a imposição de preços de revenda, descontos, condições de pagamentos, margens de lucro, etc. aos distribuidores, varejistas e representantes, desde que tenha por objetivo o fabricante produzir ou vir a produzir os efeitos do artigo 20, a saber, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer posição dominante.

8 O free rider é aquele que se aproveita de aparato oneroso oferecido por um ou mais dos seus concorrentes (serviços de pré-venda), para, assim, oferecer um produto ou serviço mais barato ao consumidor. O consumidor, simplesmente, recorre ao concorrente para conhecer o produto e valer-se das vantagens que ele oferece, mas, no final, adquire o produto ou solicita o serviço do free rider por um preço menor. Para simplificar, o free rider é o competidor que 'pega carona' nos serviços oferecidos e nas campanhas de propaganda veiculadas às expensas do concorrente mais cioso de suas obrigações para com o fabricante do produto, no caso de distribuição ou revenda.

tam esse aparato. Por esse prisma, POSNER (1992: 296-297) ressalta que a elevação dos preços representam um ganho no processo concorrencial:

“The effect of resale price maintenance in raising price but also quality (where quality includes presale services offered with the product) is sometimes described in terms of trade-off between price and nonprice competition, which is accurate, or between intrabrand and interbrand competition, which is not. Resale price maintenance does limit price competition among the retailers of the brand that the manufacturer has fixed the resale price of – intrabrand price competition – and in doing so promotes interbrand competition by making the manufacturer’s brand more attractive relative to other brands.”

A despeito da bem estruturada a argumentação do professor POSNER (1992), pode-se, desde já, contestar a alegação de a fixação de preço de venda aumentar a concorrência entre-marcas, primeiro, porque é possível existência de um cartel entre os fabricantes (mais difícil de configurar do que a fixação vertical de preços) e, segundo, porque, havendo o domínio de mercado do fabricante (poder de mercado sobre as diferentes marcas), este pode impor seu preço de revenda bem acima do mercado, principalmente se este for do tipo não contestável⁹.

Milton HANDLER *et al.* (1997: 582-583) apresentam várias justificativas para a não configuração da fixação vertical de preços como ilícito *per se*: “*differing incentives, attracting dealers, inducing desired services, product image or loss leaders, preservation of small business*”. De acordo com os autores (1997), o fabricante procura estabelecer um preço de venda em que haja uma certa razoabilidade, pois ele tem em vista aumentar o volume de suas vendas, o que não acontece com os grandes distribuidores responsáveis pelos altos preços ao consumidor e pela diminuição das vendas.

A fixação de preços de revenda pode atrair novos distribuidores, já que tal estratégia tem em mira viabilizar lucros certos e substanciais ao revendedor do produto ou serviço, incentivando este a investir maciçamente para oferecer ao público, da forma mais eficiente, os produtos do fabricante (HANDLER *et al.*, 1997).

⁹ Mercado não contestável é aquele que apresenta barreiras à entrada e elevados custos irrecuperáveis.

Dentro da mesma linha de raciocínio de POSNER (1992), HANDLER *et al.* (1997) aventam a inconveniência dos *free riders*¹⁰ para o fabricante, de tal modo que este, a fim de propiciar serviços de pré-venda vantajosos para o consumidor, passe a estabelecer preços mínimos de venda para que todos os distribuidores invistam em qualificação de pessoal, em diversas estratégias de marketing e venda. De certa forma, com isso, o fabricante estabelece uma concorrência entre os distribuidores apenas quanto à prestação de serviços pré-vendas.

Conforme HANDLER *et al.* (1997), se o fabricante investiu para criar a imagem de um produto de qualidade, não admite reduções de preços, através de descontos, que levem ao comprometimento do volume de vendas, já que a imagem desse produto não comporta reduções drásticas de preços. De acordo com HANDLER *et al.* (1997: 583), “*some manufacturers dislike seeing their product used as ‘loss leader’, to induce customers to come into a store and stay to buy other products*”. De fato, para esses autores, torna-se inconcebível para o fabricante ver seu produto reduzido a isca para o consumidor vir a adquirir outros bens oferecidos pelo distribuidor.

Por derradeiro, pode-se defender a fixação de preços, segundo HANDLER *et al.* (1997), como meio de proteger pequenas e médias empresas que não têm meios de lutar contra grandes redes de distribuição as quais acabam ditando o preço dos produtos comercializados. Esta foi a justificativa para “*state fair trade laws authorizing manufacturers to specify resale prices for their products*”¹¹(SULLIVAN, 1977: 378), sendo que tais exceções federais concedidas aos estados-membros vieram a ser proibidas pelas mudanças na economia estadunidense em meados da década de 70 (cf. SULLIVAN, 1977).

Posto isto, é interessante ressaltar que muitas são as justificativas para a fixação de preços de revenda por parte do fabricante. No entanto, não se pode esquecer que a imposição de preços de revenda é um artifício muito valioso não só para os cartéis de fabricantes mas também para grandes distribuidores controladores do mercado. Em verdade, o consumidor, apesar de demonstradas várias eficiências geradas pela fixação de preços de venda, acaba sendo o mais prejudicado porque impossibilitado de gozar dos benefícios da concorrência intra-marcas, capaz de gerar preços mais competitivos e, por isso, menores.

10 Neste sentido, também se manifesta HOVENKAMP (1994).

11 “Leis estaduais referentes à lealdade comercial autorizando fabricantes a especificar preços de revenda para seus produtos” (tradução livre).

3.3 O preço de revenda como limitação à concorrência

Diante das eficiências geradas pela fixação vertical de preços, não se pode esquecer que preestabelecer preços de revenda significa limitação à concorrência, ainda que somente intra-marca. Além disso, a Lei Brasileira é clara ao prever no inciso XI do artigo 21 que impor preços de revenda ao distribuidor, varejista e outros representa infração à concorrência, desde que haja ou possa haver eliminação da concorrência, dominação de mercado relevante, aumento arbitrário de lucros e exercício de posição dominante.

Quando se fala que o distribuidor, tendo preço do produto fixado pelo fabricante, promoverá serviços de pré-venda de maior qualidade, incorre-se em pequeno equívoco. Conforme adverte SULLIVAN (1977: 383), “*a dealer faced with competitive pressure can be expected to reduce price, improve service, promote more aggressively and take other vigorous action – in short to compete itself*”. O autor é taxativo quando demonstra que tanto a concorrência entre marcas diversas quanto esta concorrência entre marcas iguais são essenciais para uma economia de mercado mais eficiente. Ambas são imprescindíveis para, em última análise, reverterem benefícios para o consumidor. A concorrência é um instrumento fundamental a serviço do bem-estar coletivo.

Quanto ao prestígio da marca, o fabricante não precisa de valer-se da elaboração de preços de revenda, pois, de acordo com AREEDA & KAPLOW (1997), não se tem conhecimento de que tais cortes nos preços (descontos promocionais) de determinados produtos ocorram com frequência, gerando, assim, prejuízos para o produtor do bem cuja qualidade é atestada pelo alto preço.

Além disso, deve-se dizer que a fixação vertical de preços não serve para proteger determinados distribuidores de elite cuja qualidade do produto é por eles atestada ao colocá-los em seus estabelecimentos. Não cabe alegar que os *free riders* se aproveitarão das informações prestadas por aqueles aos consumidores. Os distribuidores de elite têm seus lucros garantidos tendo em vista sua reputação pela moda e pela qualidade dos produtos por estes oferecidos ao público (AREEDA & KAPLOW, 1997).

Afirma-se que, quando é necessário um alto investimento para o distribuidor inserir o produto do fabricante num determinado mercado, a fixação de preço de revenda sustenta-se como a forma mais eficiente de viabilizar a distribuição do produto pelos interessados revendedores. No entanto, a mera fixação de preço não é suficiente para garantir o retorno dos custos para ingressar nesse mercado (AREEDA & KAPLOW, 1997), não sendo, por isso,

justificável a sua licitude como meio de proteção ao mercado e ao consumidor.

Dentro desse contexto, pode-se dizer que a fixação de preços tende a ser um mecanismo cujo objetivo e efeito mais imediato é a restrição da concorrência. Neste sentido, afirmam AREEDA & KAPLOW (1997: 624):

“Such restraints limit price or quality competition among resellers of a particular manufacturer’s product as much as, or even more severely, than would a horizontal cartel among dealers. It is true that both horizontal and vertical restraints have the same type of effect, namely the limitation of intrabrand competition, and that manufacturers can compel dealer compliance more effectively than a cartel can police its members.”

Dessa forma, está claro que a fixação vertical de preços pode gerar efeitos anticompetitivos. Por isso, faz-se crucial a intervenção do poder público, através de suas agências de concorrência, a fim de impedir situações de desequilíbrio no mercado que venham a prejudicar o consumidor final de certo produto.

3.4 A imposição de preços e algumas decisões do CADE

Fixar preços verticalmente pode-se materializar através de descontos sobre os preços do produto de forma a promover o domínio do mercado por empresas fornecedoras. A fabricante ou a distribuidora intermediária passa ao revendedor o produto com substanciais descontos que inviabilizem a concorrência nesse estágio da produção. Ora, existe, sim, uma infração contra a concorrência na medida em que se visualiza, neste caso, uma grave restrição à competição, ditada pela discriminação de preços entre revendedores de um mesmo produto.

Esta conduta vem sendo praticada por empresas distribuidoras de combustíveis ao repassar o produto para determinados postos revendedores com substanciais descontos. Em caso similar, decidiu o Conselheiro Ruy SANTACRUZ (1999: 4-5) que não havia indícios de discriminação de preços:

“Trata-se de denúncia de que as representadas estariam incentivando os postos próprios e também postos não próprios “mas presos por contratos abusivos”, a concederem descontos “utilizando do seu poder e da força que têm, forçando-os a trabalhar com descontos nos preços finais dos combustíveis refinados, na proporção de 50% do desconto praticado para a distribuidora e 50% para o revendedor” [...]De fato, não se encontra nos autos qualquer documentação que aponte indícios de discriminação de revendedores por

meio da concessão de descontos privilegiados. Ao contrário constatou-se que os descontos eram concedidos tanto para postos de terceiros, quanto para postos de propriedade das distribuidoras operados por empresas independentes. [...]Diante de tais exposições, entendo que o incentivo das distribuidoras às revendedoras, própria ou de terceiros, a ofertarem descontos nos preços finais dos combustíveis visa apenas e tão somente seguir os ditames de uma economia moderna e competitiva, não prejudicando a concorrência mas sim estimulando-a, e, sobretudo, beneficiando o consumidor final.”

Trata-se de um caso interessante, mas que, por ausência de indícios, teve de ser arquivado. Talvez, uma mais acurada investigação pudesse levar à configuração de prática restritiva da concorrência. Em verdade, é bem possível que estas empresas estejam se valendo de posição dominante no mercado relevante de combustíveis para impor preços aos distribuidores que se vêm trancados numa situação de *take it or leave it*. Em suma, isso é bem comum quando fabricantes determinam aos distribuidores o valor final do produto, na etapa de comercialização.

De fato, os benefícios para o consumidor são efêmeros. Em princípio, chega-se a sustentar um preço módico. No entanto, uma vez eliminados os concorrentes, tais empresas passarão a dominar o mercado e, inevitavelmente, elevarão seus preços a níveis supracompetitivos.

Por essa perspectiva, conclui-se que a concorrência intra-marca contribui para uma maior concorrência entre-marcas. O fabricante que controla o mercado de distribuição ou revenda de seu produto pode vir a assumir posição dominante em relação a empresas de produtos concorrentes. Em regra, ao restringir a concorrência no nível de distribuição ou revenda do produto ou serviço, o fabricante pode determinar preços fixos finais para o consumidor, evitando uma concorrência saudável entre os revendedores do produto ou serviço, o que proporcionaria preços menores.

Neste contexto, o fabricante obtém lucros certos que o levam a alçar posição dominante no mercado primário das marcas concorrentes. O fabricante, ao controlar o mercado secundário de revenda, pode vir a aumentar suas receitas. No entanto, em regra, nesta situação, há patente ineficiência monopolística, pois nem o fabricante, nem o revendedor e nem o consumidor obtêm vantagens (*deadweight loss*).

Ao alcançar esse status no mercado de revenda, será fácil, para o produtor, através dessa vantagem competitiva, assumir posição dominante no mercado primário dentre as outras marcas concorrentes.

Outra decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deve ser destacada, tendo em vista sua relação com o estudo de fixação vertical de preços. Neste processo, o Departamento de Abastecimento e Preços do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento – DAP/MEFP noticiou à SDE (na época SNDE) que a Associação Brasileira da Indústria de Armazenagem Frigorificada – ABIAF elaborava tabelas de tarifas a serem distribuídas entre os associados. O Conselheiro Mércio FELSKY (1999: 9) é taxativo ao avaliar este tipo de infração contra a concorrência:

“A tendência deste Plenário tem sido no sentido de não aceitar argumento, comum nesses casos, de que as tabelas possuem caráter meramente referencial, dados os diferentes tamanhos das empresas e as diversas tecnologias adotadas. Ainda que não seja intenção de quem emite a tabela, ou não haja imposição ou coação ao seu uso – como parece ser o presente caso – esta provoca efeitos nocivos à concorrência, uma vez que atua como instrumento inibidor da livre formação de preços pelo mercado ao influenciar as empresas a praticarem preços balizados por aqueles divulgados. Tal acerto de preços desestimula a procura por ganhos de eficiência e de melhoria da qualidade dos serviços prestados, não trazendo quaisquer benefícios ao consumidor.”

Pode-se dizer que a imposição e a sugestão de tabelas representam uma restrição substancial à concorrência naquele determinado mercado relevante. Ora, ainda que não se trate de imposição ou sugestão pelo fabricante, há uma entidade que verticalmente pretende fixar o preço dos fornecedores de bens para o mercado. Nesse caso, a ABIAF age como controladora dos preços, por meio de tabelas meramente sugestivas, mas que representam uma atuação concertada dos seus associados. Além disso, no caso de tabelas sugeridas por associações, fica mais clara a caterlização, pois os associados têm certeza de que a Associação vai procurar estabelecer níveis de lucros substanciais.

Obviamente, para que se configure infração à concorrência a elaboração de tabelas sugestivas de preços, é mister detenha a empresa fornecedora ou fabricante poder de mercado. No caso de sugestão de preços, MALARD (1994: 130) afirma que “faz-se necessário perquirir sempre sobre o objeto da prática e seus efeitos reais ou prováveis sobre o mercado”. Dessa forma, é

necessário avaliar o poder de mercado¹² da empresa fabricante para verificar se é capaz de, através de sugestões, estar promovendo uma restrição da concorrência, ao impedir que atuem livremente as forças de mercado.

Ao se abordar a questão de tabelas sugestivas de preços, não se pode deixar de mencionar o caso KIBON, decidido em 05 de novembro de 1997. De acordo com o relatório anual do CADE (1997: 72) onde a decisão encontra-se compactada, “deve-se distinguir RPM (*resale price maintenance*), isto é, imposição de preços ao revendedor mediante ameaça crível de punição com a recusa de posterior negociação por parte do fabricante (*refusal to deal*), da prática de *suggested retail price*”. Além disso, a decisão se fundamenta nos seguintes argumentos, conforme relacionados no relatório anual do CADE (1997: 72-73):

“Não existem condições estruturais para que a representada exerça domínio de mercado, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços. Uma hipotética ameaça de retaliação por parte da representada, caso o revendedor não acompanhe a “sugestão”, poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas[...]. Não se verificou a existência de dispositivos contratuais que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor[...]. O comportamento dos preços não tem seguido a tendência uniformizante, mas ao contrário, apresenta significativa dispersão[...]. O elevado grau de concorrência intermarcas, somado às fracas barreiras à entrada, à pulverização da oferta, bem como não se tratar de um produto essencial, tornam virtualmente impossível qualquer tentativa de imposição de preços mediante tabela, visando (sic) aferição de lucros extraordinários ou domínio de mercado.”

Argumentação lapidar, como esta, é relevante ao estudo da fixação vertical de preços. No entanto, é forçoso convir que a sugestão de preços, como acima dito, serve para restringir a concorrência no mercado intra-marca. Em verdade, ao sugerir preços, o fabricante procura criar um ambiente de condutas paralelas cujo objetivo central é determinar uma política uniforme de preços e, assim, conter a concorrência.

12 Conforme SULLIVAN & HARRISON (1998: 29), “market power varies directly with market share; market power varies inversely with the elasticity of the industry demand; and, market power varies inversely with the supply elasticity”.

Além disso, acredita-se que o *suggested retail price* pode ser configurado como importante instrumento a serviço do paralelismo consciente de condutas, vindo, pois, facilmente a desaguar numa situação de cartelização e restrição da concorrência. É claro o objetivo dessa prática no que toca à concorrência, pois pretende o fabricante controlar o mercado de venda para, ganhando certamente mais no produto (já que não existe concorrência entre os revendedores), assumir posição dominante frente a outras marcas.

Acima de tudo, deve-se refutar o argumento de que não existem barreiras à entrada no mercado de sorvetes. Trata-se de ledo engano, pois é fato que o poder de venda de uma marca representa uma significativa barreira à entrada. A marca conhecida torna o mercado não contestável. Ademais, a propaganda maciça em torno do produto não se desfaz de um dia para o outro. O marketing representa, sem dúvida, um obstáculo representativo à entrada de novas empresas nesse mercado.

Ainda que pequenas empresas venham a entrar nesse mercado, estas não estarão em iguais condições de concorrer com as grandes empresas dominantes com poder de mercado consolidado pela propaganda e pela marca. Enfim, a contestabilidade do mercado não existe, neste caso, porque elementos, como a marca e o marketing por trás dela, são verdadeiras vantagens competitivas que se caracterizam como barreiras à entrada e custos elevados para novos *players* neste mercado.

Conclusão

Numa economia de livre mercado, o sistema de preços têm um valor excepcional. A concorrência existe se há, no mercado, uma atuação de vários agentes econômicos com a natural independência na elaboração de preços. Em verdade, num sistema normativo de concorrência, os agentes econômicos não vão exercer controle sobre os preços. Num regime de concorrência, o preço deve ser a resultante das diversas forças atuantes no mercado (*market price*).

Partindo-se da noção de concorrência completa, como instituição jurídico-econômica, pode-se dizer que o regime jurídico exige um controle das práticas anticompetitivas realizadas no contexto de mercado. Nenhuma empresa pode, através de seu poder, dominar o mercado e restringir a concorrência. Com a institucionalização da concorrência, as ações econômicas das empresas passam a ser contidas por um sistema jurídico de normas que providencia relações de equidade no mercado.

A fim de obter essa equidade entre os agentes no mercado, é importante coibir práticas anticoncorrenciais que coloquem em risco a própria liber-

dade de empresa. Ora, o estudo das infrações à concorrência ganha relevo, tendo em vista o novo panorama nacional e internacional. Por isso, justifica-se uma análise da diferenciação de preços praticada por fabricantes de um produto e prestadores de um serviço quando têm em mira determinar os preços a serem praticados por distribuidores e revendedores.

A discriminação de preços em si não pode ser considerada infração à concorrência. No entanto, uma vez transpostos os limites do razoável e do ponderável (regra da razão), esta discriminação se transforma em fixação vertical de preços. Esta conduta específica deve ser avaliada em razão do poder de mercado da empresa fabricante ou fornecedora, uma vez que, possuindo ascendência econômica neste mercado, ela, através da fixação de preços, restringirá a concorrência tanto intra-marca quanto entre-marcas.

Muitas são as eficiências geradas pela fixação vertical de preços que se opera quer por imposição ou sugestão de tabelas quer por oferecimento de descontos para determinados distribuidores. Com o fito de evitar *free riders*, de proteger pequenas empresas distribuidoras, de salvaguardar uma marca por sua qualidade especial, o fabricante procura estabelecer preços unilateralmente para que, dentro de um reduzido espectro de variação, possa atuar o revendedor.

No entanto, parece ter ficado claro que essas eficiências não prevalecem quando existem meios alternativos para conter o abuso por parte do distribuidor ou revendedor. Ademais, o controle vertical de preços porque eficiente é um argumento que não se sustenta por si só, uma vez que, em última análise, a ausência de concorrência no estágio da distribuição compromete o próprio direito de escolha do consumidor.

Da análise feita dos acórdãos do CADE, salta aos olhos que a fixação vertical de preços pode estabelecer uma posição dominante no mercado primário entre marcas, uma vez que o fabricante, ao controlar os preços de venda de seu produto, com a eliminação da concorrência intra-marca, tende a alcançar poder de mercado, ficando, por isso, mais fácil restringir ou eliminar a concorrência entre-marcas.

Além disso, sugestão de preços ou oferta de descontos promocionais para clientes especiais são ardis que comprovam a má-fé do fabricante ao tentar desequilibrar as forças atuantes no mercado. Há, sim, racionalidade, mas racionalidade eivada de ilicitude que tende a corromper o processo de concorrência completa.

Referências bibliográficas

AREEDA, Phillip & KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5th ed. New York : Aspen Law & Business, 1997.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo** n ° **08000.019459/96-96**. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz. 27 jan. 1999. Brasília in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo** n °. 018.302/96-99. Relator: Conselheiro Mércio Felsky. 20 jan. 1999. Brasília in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

BRASIL. **Lei n ° 8884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica. 2^a.ed., rev . e atual., p. 85, 1996.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório Anual 1997** . Brasília, 1998.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the Law*. Chicago : The University of Chicago press, 1988.

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. 1^a.ed. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1992.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitucion económica y derecho de la competencia*. 1^a. ed. Madrid : Tecnos, 1987.

GERBER, David J. *Law and competition in the twentieth century Europe: protecting prometheus*. New York : Oxford university press, 1998.

GOYDER, D. G. *EC Competition law*. 2^a ed. Oxford : Claredon press, 1992.

HANDLER, Milton; PITOFISKY, Robert; GOLDSCHMID, Harvey J. & WOOD, Diane P.. *Trade regulation: cases and materials*. 4th ed. New York : The Foundation Press Inc., 1997.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

MALARD, Neide Teresinha. **Práticas verticais restritivas da concorrência**, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 47, nº 183, pp. 121-133, janeiro-junho de 1994.

PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analysing industries and competitors*. New York : The free press, 1980.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4^a. ed. Boston : Little, Brown and Company, 1992.

_____. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago : University of Chicago press, 1976.

SALGADO, Lúcia Helena. **O conceito de mercado relevante**, Revista de Direito Econômico, Brasília, nº 26, pp.37-46, agosto-dezembro de 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo : Malheiros, 1998.

SULLIVAN, E. Thomas & HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 3rd ed. New York : Matthew Bender & Co., 1998.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul : West publishing, 1977.

VARIAN, Hal R. *Intermediate microeconomics: a modern approach*. 4th.ed. New York : W.W. Norton & Company, 1996.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1977.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2nd ed. Cambridge : MIT press, 1995.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. 2^a ed. New York : The free press, 1987.

_____. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York : The free press, 1983.

REGULAÇÃO ECONÔMICA E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO¹³

Eduardo Molan Gaban

1.Introdução: p.91; 2.Regulação Econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador;; 3.Objetivos econômicos e mecanismos de Regulação 100; 3.1. Padrões de Regulação; 3.1.1.Controle de Preço; 3.1.2.Controle de Quantidade; 3.1.3.Controles de Acesso; 3.1.4.Controle de Outras Varáveis; 4.Objetivos Sociais e Mecanismos de Regulação; 4.1.Padrões de Regulação; 4.1.1.Controle de Qualidade; 5. Assimetria de Informação; 5.1. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo; 5.2. Mecanismos de mercado de equilíbrio de informação; 5.3.Assistência suplementar à saúde (regulação geral; 5.4. Assistência suplementar à saúde (regulação setorial; 5.4.1.O problema dos custos para regular; 6.Conclusão; 7.Bibliografia;

1. Introdução:

No final do ano de 2001, a Academia Sueca de Ciências comunicou a concessão do prêmio Nobel de Economia daquele ano para os Professores George A. Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz por suas contribuições ao estudo das relações de mercado, feitas sob a premissa da posse assimétrica de informações entre os agentes econômicos nelas envolvidos. Os trabalhos desenvolvidos pelos economistas possuem grande relevância a diversas áreas como a educação, a saúde, o desemprego e representa, sobretudo, um marco à atividade regulatória dos Estados.

Vivemos na era da informação. E para que possamos acompanhar o fluxo mínimo de desenvolvimento necessário à manutenção de um status de bem-estar social, o Estado deve assumir um papel de efetividade em suas ações. Sobre essa premissa, procuramos estabelecer no presente trabalho uma abordagem da regulação econômica, num primeiro momento, partindo da mudança no enfoque da atividade estatal, a qual passa da situação de agente

13 Texto oriundo de monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto.

econômico à situação de regulador, buscando estabelecer uma visão geral do que venha a ser a atividade regulatória, traçando suas premissas lógicas operacionais, seus principais objetivos e mecanismos de atuação. Passando, num segundo momento, a abordar o fenômeno da assimetria de informação, apresentado inicialmente como um fenômeno de comunicação e projetado nas relações de mercado entre agentes econômicos, e seus principais conceitos e efeitos no setor de assistência suplementar à saúde.

Identificada tanto em mercados regulados quanto em mercados sujeitos ao regime de livre competição, a assimetria de informação pode irradiar efeitos análogos e/ou particulares em dadas realidades, de modo a demandar atuação diferenciada do Estado em cada situação.

Mais que um simples argumento retórico, a tarefa de informar tornou-se essencial à atuação Estatal no presente contexto econômico, de modo que, para se viabilizar um equilíbrio de mercado, sobretudo em setor de infraestrutura e de elevado interesse social, é imprescindível que o Estado exerça um papel positivo, *v.g.*, na sinalização de qualidade e no estabelecimento dos padrões mínimos de segurança dos produtos e serviços ofertados aos consumidores. Devendo para tanto, informar-se, em primeiro plano, das diferentes realidades que deve fiscalizar com maior rigor para, num segundo plano, traçar e concretizar estratégias de atuação.

Assumindo um compromisso de funcionamento e aplicação efetiva de medidas, o Estado deve se aproximar cada vez mais da realidade, posto que somente assim empregará estratégia voltada a estabelecer um desenvolvimento efetivamente sustentável.

Em síntese, o presente trabalho tem por escopo principal identificar o problema da assimetria de informação na realidade econômica brasileira, estabelecendo, para tanto, uma visão multidisciplinar, econômica e jurídica, do objeto em pauta, trazendo das lições de economistas, juristas e profissionais de outras áreas do conhecimento ensinamentos importantes ao estabelecimento de uma visão mais completa e abrangente da regulação econômica e social, sua relação com o *antitruste* e defesa do consumidor, e do fenômeno da assimetria de informação.

Para tanto, abordaremos, em panorama geral, aspectos da lógica e conceitos do processo de regulação econômica (e social)¹⁴, especificamente

14 Adotamos essa concepção dual (econômico/social) sob uma ótica finalista. Dado que não impede a distinção entre a regulação imediatamente econômica e imediatamente social. Ambas voltam-se à consecução do bem-estar social, todavia, a primeira almeja tal fim de forma mediata, preconizando imediatamente objetivos de ordem

inseridos (i) na relação da regulação econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador; (ii) nos objetivos econômicos e sociais que permeiam o processo regulatório; e (iii) nos padrões básicos de regulação e seus reflexos gerais na economia. Sendo que, em ótica mais particularizada, adentraremos na questão da (iv) assimetria de informação, seus conceitos e reflexos na economia e no próprio modelo regulatório, explorando esse fenômeno na (v) realidade do mercado de assistência suplementar à saúde, setor da economia seriamente afetado pela assimetria de informação.

2. Regulação Econômica e a concepção contemporânea de Estado Regulador:

Para iniciarmos o debate sobre o tema proposto, é interessante observar a assertiva de que toda ação estatal, em regra, pauta-se em direito que lhe confere legitimidade, tomando, para tanto, a concepção formal de direito, ou seja, despida de valores de cunho ideológico. Assim, a hipótese de uma mudança no paradigma operacional por parte do Estado é subsidiada por uma mudança na concepção do direito que legitima tal forma de atuação.

Com o incremento em complexidade das relações interpessoais, cuja finalidade é viver em comunidade e, na mesma ordem, com o incremento em complexidade dos institutos que permeiam tal convívio e o fixam como finalidade, passa o direito, tradicionalmente voltado a estabelecer de forma geral e abstrata padrões de conduta e a imputar sanções aos descumpridores dos preceitos veiculados na legislação, a ser utilizado com ênfase em outro aspecto, agora diretamente atrelado à economia, na implementação de políticas públicas.

É o que depreendemos, em acepção genérica, das palavras do economista Ronaldo Fiani, para quem as alterações na estrutura/conduta/desempenho dos Estados-nacionais (em ações nas economias internas) iniciam-se a partir do movimento norte-americano da *deregulation*¹⁵,

econômica, v.g., o estabelecimento de um regime concorrencial, ao passo que a segunda, almeja imediatamente a busca de objetivos sociais, como (se verá) é o caso da regulação da assistência suplementar à saúde na questão das assimetrias de informação.

15 Entendemos que após o movimento da *deregulation*, uma nova fase da regulação, com menor intervenção ativa nos setores regulados, foi levada a efeito pelas autoridades norte-americanas, de modo que passo a adotar tal concepção contemporânea de processo regulatório como substrato de análise neste presente trabalho. Entretanto, vale a pena conferir lição proferida pelo jurista Eros Roberto Grau, em seu livro O

ocorrido na década de oitenta. Esse movimento, ocorrido nos Estados Unidos, foi representado, sobretudo, pela renúncia por parte das instituições governamentais de suas atribuições de “controle” da atividade econômica, notadamente nos setores expressivamente acometidos por ineficiências advindas do excesso de regulação. Tal movimento, marcador de um novo estágio da regulação nos EUA, expressou-se como uma *“tendência inexorável em âmbito mundial, a se manifestar de maneira uniforme, independentemente do país ou região analisados.”*¹⁶

De acordo com as palavras de Vogel (1996), que realizou estudo nas experiências dos principais países capitalistas avançados nos anos oitenta (com ênfase nos casos inglês e japonês), identificou-se que a alteração do modo tradicional de atuação estatal caracterizou-se como uma forma de viabilizar o “controle” e supervisão do funcionamento da economia, justamente por mudanças no contexto da economia global, como o aumento do nível de concorrência em monopólios anteriormente protegidos, seguidos de uma demanda por um *“aumento significativo no grau de complexidade e sofisticação da atividade regulatória”*¹⁷

Sob a ótica de Vogel e Fiani, o Estado passa a realizar um *significativo aumento e sofisticação* dos institutos de Administração Pública, para que possa atender as atuais demandas econômicas e sociais.

Direito Posto e o Direito Pressuposto, precisamente na p.93, em que sugere significado “brasileiro” para o termo regulation: “Aí a deregulation dos norte-americanos, que designamos mediante o uso do vocábulo ‘regulação’. Como os norte-americanos usam o vocábulo regulation para significar o que designamos ‘regulamentação’, deregulation, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo ‘regulação’; vale dizer: a deregulation dos norte-americanos está para a regulation assim como, para nós, a ‘regulação’ está para a regulamentação”. Ao contrário das palavras de Eros Grau, a deregulation para grande parte da doutrina dos EUA representou uma total retirada do Estado da atividade regulatória, deixando com que o mercado se auto-regulasse pela função da pressão competitiva. Para essa e outras afirmações sobre a deregulation ver Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p.649 e ss. e Vogel, “People tend to use the term ‘deregulation’ indiscriminately to refer both to the introduction of more competition within a market (what I shall call liberalization) and the reduction or elimination of government regulations (what I shall call deregulation) – as if these two were naturally associated.” apud, Fiani, p.34.

16 Ronaldo Fiani, in Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras, p.33.

17 Ibid., mesma p.

Nessa linha, adotando as palavras de Eros Roberto Grau, enquanto instrumento de implementação de políticas públicas, “*deixa o direito de regular exclusivamente situações estruturais, passando a ordenar situações conjunturais. Daí por que, neste momento, parece a concreção da lei como norma abstrata e geral.*”¹⁸ (destacamos).

Assume o direito um caráter dúplice consubstanciado em (a) normatizar de forma geral e abstrata as condutas dos indivíduos, ou (b) em atuar na conjuntura econômica para a consecução de um estado de bem-estar econômico, subsidiando o Estado no que for pertinente ao interesse geral da sociedade.

Ainda nas lições de Eros Grau, aprendemos que o direito, no primeiro aspecto, organiza juridicamente os processos que fluem segundo as regras de economia de mercado, “*colocando à sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.)*” ao passo que, no segundo aspecto, “*converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um só tempo, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê.*”¹⁹

Pautado nesta dupla concepção do direito, o Estado, buscando abarcar as mudanças na estrutura do convívio social, sobretudo as provocadas por aspectos de ordem econômica (oriundos notadamente da evolução da tecnologia e dos meios de informação), confere maior ênfase à atuação no aspecto *conjuntural*, subsidiando a elaboração e aplicação de políticas públicas, à atuação no aspecto *estrutural*, enquanto aplicador da lei elaborada de forma geral e abstrata para estabelecer padrões de comportamento.

Neste ponto, verificamos a regulação econômica como “nova” forma de expressão do direito (enquanto instrumento) utilizada pelo Estado Brasileiro para atuar com maior ênfase na conjuntura econômica, com vistas a melhor atender os interesses da sociedade. E, note-se, sob outro viés operacional, em que o Estado prepondera sobre a *mediação e controle de fluxo* dos conflitos/interesses, deixando de intervir de forma direta no contexto econômico.

Grande causa de ensejo dessa mudança no enfoque da atuação estatal é a “integração” global das economias. Este fenômeno mundial acabou por forçar os Estados a adotar novas estratégias de gestão e modos inovadores de

18 O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.86.

19 Ibid., p.90.

comportamento com relação aos particulares. A transnacionalização das relações *comerciais e de informações*, v.g., contribuíra para o enfraquecimento dos Estados-nacionais, sobretudo no pertinente ao controle de suas economias internas. Por essa e outras razões, os governos passaram a operar, de maneira diferenciada, atuando com maior rigor nas situações *conjunturais*, assumindo tarefas de apresentar efetividade e transparência em suas administrações, de modo a acompanhar o fluxo de desenvolvimento mínimo necessário à manutenção de um *status* de bem-estar.

Para Gilberto Dupas, questões envolvendo o futuro das relações entre a sociedade e os Estados nacionais estão relacionadas à capacidade dos últimos de assumir um novo papel “*indutor-normativo-regulador*”, ao mesmo tempo em que essas sociedades buscam encontrar alternativas para lidar com a tendência de crescente exclusão social decorrente do atual modelo econômico global.²⁰

Na opinião deste autor, o Estado, em sua acepção interna - Administração Pública, deve deixar a posição tradicional de *autor direto* no cenário econômico e optar pelo papel de *indutor*, ou *autor indireto*, através da elaboração de políticas públicas e mecanismos de aplicação e calibração mais próximos à realidade dos mercados e dos entes que neles interagem, estabelecendo para tanto entidades voltadas a fiscalizar; mediar as relações e eventuais conflitos verificados entre os participantes²¹ do mercado; aplicar diretrizes voltadas à consecução das políticas de conjuntura e reger relações entre agentes econômicos, com maior rigor, controlando seus “passos” e dispondo sobre metas governamentais a serem atingidas, principalmente nos setores acometidos por “falhas” de mercado como o monopólio natural.

Tratando das origens das mudanças na sociedade/economia e da necessidade de mudanças na forma de atuação estatal frente tais alterações contextuais, o autor extrai, v.g., de relatório anual na Organização Internacional do Trabalho (OIT) fator que solidifica a necessária busca pela eficiência das estruturas internas do Estado, munidas de interesse social, sob pena de erosão do suporte político ao Estado.

“O citado relatório da OIT vai além e quer demonstrar uma conexão entre a abertura econômica, que caracteriza a globalização, e o nível de consumo do governo.

20 In “Economia Global e exclusão social – pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo”, p.87.

21 Queremos aqui significar, no sentido lato, todos os agentes econômicos: tanto as firmas quanto os consumidores/usuários destinatários finais dos produtos e serviços.

(...)

A justificativa seria razoavelmente intuitiva: os crescentes gastos do governo serviriam para mitigar os riscos crescentes da maior exposição das economias à competição externa. De acordo com o relatório: ‘Com crescentes competição e insegurança no trabalho, os trabalhadores irão depender mais de recursos estáveis para seguro-desemprego, educação e treinamento nos próximos anos. Na ausência destas políticas e de programas governamentais, o suporte político para a globalização seria erodido’ (International Labor Organization, 1997 – 1998).”²². (destacamos)

Na mesma linha, em ótica complementar, Manuel Castells assevera que enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas explodem por todo o mundo, o Estado-nação está perdendo seu poder. Pare o autor, a dificuldade do governo controlar a economia é acentuada pelo aumento da transnacionalização da produção, especialmente pela difusão das *redes de produção* e do *comércio* às quais as empresas se integram, ameaçando as condições do “*welfare*” (bem-estar) preexistente no mercado interno.

“O Estado-nação está cada vez mais limitado para decidir plenamente a sua política monetária, definir seu orçamento, organizar a produção e o comércio e cobrar impostos sobre as empresas; ou seja, perdeu a maior parte de seu poder no âmbito econômico, mas ainda conserva boa parte de sua capacidade regulatória.”²³ (destacamos)

O enfraquecimento da tradicional estrutura/condução/desempenho do Estado e sua necessária mudança no enfoque de atuação é também levantada por Floriano Azevedo Marques Neto, que questiona alguns pilares do “juspublicismo”, sobretudo a tradicional concepção de relação entre Estado e particulares nos diversos setores econômicos e sociais. Para ele,

“confrontando com atores privados cada vez mais fortes economicamente e com grupos cada vez mais articulados socialmente, o Estado perde, crescentemente, o seu caráter de precedência e de supremacia nas relações sociais. Diante do surgimento de espaços decisórios supranacionais, o Estado se vê obrigado a privilegiar a negociação e a mediação com os administrados, o que obviamente

22 In “Economia Global e exclusão social (...), p.94.

23 Ibid., p.102.

é feito de forma desigual, em função da capacidade e do poder de cada interlocutor.”²⁴ (destacamos)

Manuel Castells denomina este “Estado” que está se consolidando com vistas a atender às novas exigências do mercado “mundial” de Estado-rede. Esse se caracteriza por partilhar a autoridade (diga-se, capacidade institucional decisória) ao longo de uma “rede de instituições”.

Para ele, nos processos de tomada de decisão, o Estado-nação interage de forma global, relacionando-se com instituições supranacionais de diferentes tipos e em diferentes âmbitos, assim como instituições locais e regionais e até com ONGs. O Estado-rede parece ser mais adequado para assimilar e processar a crescente complexidade de *“relações entre o global, o nacional e o local”*, como também *“entre a economia, a sociedade e a política na era da informação”*. Castells afirma que *“a realidade social apresenta uma mudança profunda”*, razão pela qual *“é necessário repensar o Estado e as medidas de bem-estar-social.”*²⁵

Complementando a análise de Castells, poderíamos assentir que a rede de instituições, dotadas de capacidade decisória, seria distribuída e contextualizada em cada setor relevante da economia nacional, agindo de modo especializado e conjunto, numa “rede”, cuja origem e interesses finais apresentem pontos em comum.

De forma análoga à estrutura do Estado-rede de Castells, tocando precisamente na questão da diversidade de centros institucionais decisórios, o jurista, professor e Ex- Conselheiro do CADE, Celso Fernandes Campilongo, nos ensina que o novo Estado, ou em suas palavras “Estado Regulador”, é representado por um modelo *policêntrico e horizontal* de atuação, ressaltando que, embora seja marcante a mudança na forma de operação estatal, não se descaracteriza o Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Cita, para tanto, Alexandre Santos Aragão, cujo ensinamento diz que:

“(…) as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança ju-

24 In A nova regulação estatal e as agências independentes, p.79.

25 In “Economia Global e exclusão social (...)”, p.103.

rídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos."²⁶ (destacamos)

Numa visão macro que abarque os diversos Estados-nacionais, o contexto de "integração" global obriga-os a oferecerem estruturas sistêmicas internas transparentes e efetivas, de modo a poderem concorrer com demais Estados na atração de fluxo de capitais e investimentos (*Lato sensu*), podendo, outrossim, atingir um desenvolvimento interno sustentável.

Para que se possa atingir o desiderato da "plena" efetividade sistêmica, refletida, *v.g.*, pela efetividade de funções, segurança jurídica e transparência, é imperioso que as Administrações Públicas nacionais sejam efetivas no cumprimento dos seus propósitos, em regra, constitucionalmente outorgados.

Retiramos reforço a esta constatação novamente das palavras de Dupas, cuja crença repousa na afirmação de que no mundo globalizado, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. Dessa forma, a questão é determinar o papel e a efetividade do Estado, pois o desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados. Segundo ele, o relatório (1997) do Banco Mundial diz que "*a história tem repetidamente mostrado que um bom governo não é um luxo, porém uma necessidade vital. Sem um Estado efetivo, desenvolvimento econômico e social sustentados são impossíveis.*"²⁷

Na esteira de Dupas, acreditamos que a efetividade do Estado é essencial ao seu desenvolvimento, além do que é claro que a primeira tarefa a ser estabelecida é garantir os direitos fundamentais à população, com fulcro em uma base "legal" bem definida, seguindo-se a isso a manutenção de uma estabilidade econômica e a efetivação de investimentos em serviços sociais básicos e em infra-estrutura, amparando-se os mais vulneráveis e protegendo-se o meio ambiente.

De forma similar ao comentário trazido acima, o relatório (1997) do Banco Mundial mostra recomendações de fomento ao desenvolvimento mundial. O Banco Mundial recomenda alguns mecanismos básicos que poderiam ser utilizados à sustentação de desenvolvimento, dentre os quais destaca: (a) o estabelecimento de regras efetivas; (b) a viabilização de pressão competitiva

26 In As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, Apud, Voto Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no Ato de Concentração n°.08012.006762/2000-09.

27 Apud, Economia Global e exclusão (...), p.114.

nos serviços públicos; (c) o aumento da participação do cidadão na gestão estatal através, por exemplo, do estabelecimento de parcerias.

Para membros e dirigentes do Banco Mundial, “construir um Estado mais responsável exige abertura e transparência, como comitês de cidadãos e participação direta dos usuários no monitoramento dos serviços públicos.” Ressalta-se que, cada vez mais, os processos globais restringem a escolhas e debilitam a capacidade dos Estados de controlar o fluxo de capitais, cobrar impostos e controlar políticas fiscais e monetárias. “Como forma relativa de compensar esses efeitos, é preciso, logo de início, criar burocracias mais eficientes.” (destacamos).²⁸

Por assim dizer, atuando na conjuntura econômica, com fito de elaborar, subsidiar e aplicar políticas públicas, estabelecendo uma rede *policêntrica, horizontal*, especializada e consonante em finalidades, o Estado passa do paradigma de interventor direto e centralizado na economia a Regulador, estabelecendo entidades públicas revestidas de certa autonomia, voltadas a atuar em segmentos específicos da economia, pautadas em desideratos genéricos e/ou contextuais e particulares aos setores em que estão inseridas. A Administração Pública passa, assim, a agir predominantemente na fixação de parâmetros limites à atividade privada, atuando na “mediação” e fiscalização das relações e conflitos de ordem econômica e social, deixando de intervir diretamente na economia.

Órgãos Reguladores passam a ser utilizados pelo Estado com função, predominante, de *induzir* condutas aos jurisdicionados deste último, sendo tais órgãos (instrumentos) pertencentes à administração pública e especializados em contextos setoriais da economia interna.

No capítulo seguinte, abordaremos com maiores detalhes, aspectos da teoria geral da regulação, estabelecendo seus significados, estratégias e mecanismos de atuação nos diversos cenários econômicos.

3. Objetivos econômicos e mecanismos de Regulação:

“There is a growing recognition of the importance of competition for the success of market economies, and of the need for government

28 Apud, Ibid., mesma p.

action, both to maintain competition and regulate industries where competition remains limited."²⁹

(Joseph E. Stiglitz³⁰)

Procurando atender a crescente demanda por uma atuação diferenciada, o Estado brasileiro passou a criar instituições voltadas a atuar de forma especializada em setores da economia nacional revestidos de relevante interesse social. Nesse plano, partindo, em regra, de ditames constitucionais, o Estado criou uma série de órgãos, em sua maioria componentes da Administração Pública Indireta, revestidos da natureza jurídica de autarquias em regime especial e dotados de certa autonomia decisória e administrativa (de gestão e financeira). Tais órgãos têm sido designados por "Agências Reguladoras".

O enfoque operacional desta Regulação estatal, há pouco engendrada no Brasil, pauta-se em controlar o comportamento dos agentes econômicos para (a) viabilizar a concorrência nos setores da economia sujeitos à transição de situações de monopólios à competição; (b) regular aqueles acometidos por "falhas" em suas estruturas mercadológicas, de modo a limitar o exercício do poder econômico neles presente e controlar seus reflexos em mercados congêneres e/ou correlatos; e (c) proporcionar a consecução de objetivos de ordem social pautados em políticas públicas, não atingidos/atingíveis pelo simples estabelecimento³¹ de um regime concorrencial.

Podemos observar que há uma lógica que permeia todo o aparato de objetivos que edifica a regulação econômica, lógica esta que aponta para os fins maiores do processo de regulação: o equilíbrio do (s) mercado (s) mediante o estabelecimento (ou simulação) do regime de competição e o bem-estar da sociedade.

29 "Há um reconhecimento crescente da importância da competição (ou concorrência) para o sucesso das economias de mercado, e da necessidade da intervenção governamental, para manter a competição e para regular indústrias em que a competição seja limitada" (trad. livre), In Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries, p.2.

30 Vice Presidente Sênior e Economista Chefe do Banco Mundial (1999).

31 Aqui, vale lembrar, que nem sempre o regime de regulação estabelece um perfeito ambiente de competição ao setor regulado; o que se busca é simular através da aplicação de estratégias regulatórias situações relacionais similares às notadas em verdadeiros mercados competitivos.

Torna-se interessante e necessário estabelecer as bases conceituais para as estratégias de equilíbrio de mercado, desta feita, trazemos à baila a concepção de Floriano Azevedo Marques Neto, para quem há (1) uma regulação geral, que abarca tanto a atividade antitruste quanto a defesa do consumidor, e (2) uma regulação setorial, a qual abarca a regulação de setores específicos da economia, vejamos:

*“II.3.2. Outra forma de ver a questão [da regulação], designamo-la de **bidimensional**, enxerga a regulação setorial e a regulação geral (consumidor e concorrência) como dois planos distintos que se entrecruzam. Baseia-se esta linha no fato de que, se existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em regrar o uso de bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor, etc), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica. Estes dois planos se cruzariam no âmbito de cada segmento da economia sujeito a alguma regulação setorial. Não obstante, o plano de regulação geral – tanto na proteção do consumidor, quanto na proteção da concorrência – passaria todos os segmentos da ordem econômica, sujeitos ou não a regulação específica, setorializada.”*

Nesta concepção, regulação setorial e geral não se confundem, muito menos se excluem. Interpenetram-se e calibram, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas.”³² (destacamos).

Assim, adotando a concepção acima, seja no estabelecimento da regulação geral, sobretudo na defesa da concorrência, quanto no estabelecimento da regulação setorial, buscar-se-á consignar eficiências econômicas e benesses à sociedade com um todo, justificando a intervenção indutiva por parte do Estado.

Por respaldo, segundo os economistas Bill Baker e Sophie Trémolet, ambos membros do Grupo *Private Sector and Infrastructure Network* do Banco Mundial, a regulação, em princípio, pode ser justificada pelas (i) “falhas” de mercado (representadas, v.g., pelo poder de mercado [excessivo, chegando

32 In Regulação setorial e atividade antitruste (...), p.8.

ao ápice nos casos de monopólios naturais] e pela divisão/distribuição imperfeita de informações) e/ou pela (ii) busca de efeitos benéficos à sociedade, como a redução de doenças e da poluição³³; a consignação de políticas públicas e políticas distributivas.

Para eles, por exemplo, alguns serviços de infra-estrutura possuem características de monopólio natural, tanto por possuírem significativas economias de escala, em que é mais eficiente, em termos econômicos, a presença de uma *rede* a duas, quanto por possuírem significativas economias de escopo, em que a coordenação de fatores de produção é mais barata dentro de uma mesma organização industrial do que sua distribuição, mediante a utilização de preços de transferências, a duas ou mais organizações.

*“Regulation in the event of such market failures is justified, but only when it can achieve a better outcome than the market alone, with all its imperfections.”*³⁴ (destacamos).

É interessante notar que no trecho citado os autores alertam para a busca da *eficiência* na introdução da regulação mesmo nos casos de setores com “características” de *monopólio natural*. Disso, podemos extrair que a *eficiência econômica*, equilíbrio do mercado, e o bem-estar do da sociedade integram, como apontado por Bill Baker e Sophie Trémolet, escopo final da atividade regulatória.

Lembrando, o *equilíbrio de mercado e bem-estar da sociedade* podem ser atingidos pela adoção de duas estratégias: (a) pelo estabelecimento de um regime de concorrência no mercado e/ou (b) pelo estabelecimento de um regime de regulação setorial. O regime de competição no mercado pode resultar, *v.g.*, em qualidade, menor preço e inovação tecnológica, refletindo pura *eficiência econômica* no/ao mercado. Resultando esta última benefícios à

33. “Regulation can be justified, in principle, by market failures such as market power, the imperfect sharing of information, and the existence of broadly beneficial effects such as reducing disease and pollution.” In *Public Policy for the Private Sector – Regulating Quality*, p.2

34 “Na ocorrência de tais falhas de mercado a regulação é justificada, mas somente quando possa proporcionar maiores benefícios que o mercado por si só, com todas suas imperfeições.” (trad. Livre). Ver continuação do pensamento dos autores: “For example, some infrastructure services have natural monopoly characteristics, due to economies of scale (one network is more economic than two) and scope (coordination is often cheaper within one organization than using a transfer price between two organizations).” *Ibid.*, mesma p.

sociedade, sobretudo ao consumidor, que desfrutará de bens (*lato sensu*) mais baratos e revestidos de maior qualidade.

Com relação ao fator *competição*, enquanto estratégia para se atingir eficiência econômica e bem-estar social, retiramos das palavras dos economistas W. Kip Wiscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr.³⁵ que, dentre as razões que permeiam o estabelecimento de um regime de livre concorrência no mercado, destacam-se (a) a possibilidade de se inibir o controle de preços exercido por agente monopolista, oligopólio ou tipo similar de concentração industrial, de modo a obstar que se propaguem perdas de eficiência econômica e de bem-estar social; (b) a possibilidade de se inibir a redução de qualidade e diversidade dos bens ofertados no mercado; (c) a possibilidade de manter o fluxo de inovação e desenvolvimento tecnológico no mercado, em busca do desenvolvimento de melhores produtos e serviços a menores preços.

*“In the case of antitrust policy, the main thrust of the efforts has been to prevent development of kinds of market concentration that threaten the competitive functioning of markets.”*³⁶ (destacamos).

Todavia, o desdobramento lógico [regime de competição = eficiência econômica = bem-estar sociedade] não é necessariamente levado a efeito em certos setores da economia, cujas estruturas clamam por uma atuação mais específica do Estado, enquanto regulador. Neste caso, a *eficiência econômica*, o equilíbrio do mercado, e o bem-estar da sociedade deverão ser atingidos pela utilização de estratégias regulatórias que levarão em conta o contexto e as peculiaridades de cada setor da economia.

Wiscusi, Vernon e Harrington Jr alertam que num mercado em que se verifique a presença de estrutura de monopólio natural, a auto-regulação do setor, com fins de eficiência econômica e bem-estar social, por “simples” pressão competitiva resta inviabilizada, não sendo *desejável* que se deixe o monopolista *livre* para agir sem restrições em dado mercado, posto que, provavelmente, os interesses do monopolista não serão os mesmos nem caminharão na mesma direção que os interesses da sociedade como um todo.³⁷

35 In Economics of Regulation and Atitrust, p.1/5.

36 (Trad. Livre): “No caso da política antitruste, o esforço maior tem sido empreendido para a prevenção do desenvolvimento de espécies de concentração de mercado que ameacem a funcionalidade competitiva dos mercados” Ibid., p.6.

37 Para reforçar tal assertiva, utilizam o trocadilho: “What’s good for General Motors is not necessarily good for America.”, Ibid., mesma p.

*“In contrast, **economic regulation** generally recognizes that market concentration not only is inevitable, but in many cases is a superior structure for the particular market. The intent is then to place limits on the performance of the firms in this market so as to limit the losses that might be inflicted.”³⁸ (destacamos).*

Os economistas Mário Possas, João Luiz Pondé e Jorge Fagundes³⁹ preceituam que o objetivo principal do estabelecimento do regime de livre concorrência e da regulação estatal é a *eficiência econômica*. Segundo os autores, é mister que se busque a *eficiência econômica* nos mercados posto que através dela, consignar-se-á objetivos outros a ela atrelados, como o bem-estar das pessoas que integram o setor e dele se beneficiam.

Enfatizam que, ao contrário do que possa parecer, o objetivo central da regulação de atividades econômicas não é promover a *concorrência* como um fim em si mesmo, mas aumentar o nível de *eficiência econômica* dos mercados correspondentes.

Para esses mesmos autores, é pacífico que muitas vezes esses objetivos são coincidentes, de modo que um aumento da competitividade no mercado, seja ele espontâneo ou resultante de política pública, frequentemente conduz a maior eficiência. Entretanto, asseveram que exatamente neste ponto [concorrência = eficiência], é que tais objetivos nem sempre coincidem, haja vista os casos típicos dos denominados “*monopólios naturais*”, conceituados como estruturas industriais:

“(…) caracterizadas pela presença de economias de escala a tal ponto significativas em relação ao tamanho do mercado que este comporta apenas um pequeno número de plantas de escala mínima eficiente (com custo mínimo de longo prazo); no limite, uma única.”⁴⁰

38 (Trad. Livre): “Em contraposição, a regulação econômica geralmente reconhece que a concentração de mercado não apenas é inevitável, mas em muitos casos, é uma estrutura superior para o mercado particular. O objetivo é que se coloquem limites na atividade de empresas nesse mercado, para que se limitem as perdas que possam ser infligidas”. Ibid., mesma p.

39 In Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p.4.

40 Ibid., mesma p.

Nessa linha, encontramos nas lições do economista Joseph E. Stiglitz, ensinamentos acerca da importância do regime concorrencial para o sucesso da economia de mercado, bem como do estabelecimento da regulação para casos de “falha” nas estruturas de mercado como os monopólios naturais.

De maneira interessante, Stiglitz afirma que, mesmo nos setores acometidos por situações de monopólios naturais, tradicionalmente regulados de maneira intensa, como é o caso dos setores de telecomunicações e de energia elétrica nos EUA, mudanças tecnológicas podem obrigar os Estados a rever suas posturas de regulação, reduzindo o grau de intensidade dos regimes regulatórios, proporcionando em “partes” (segmentos da cadeia) dos respectivos setores um regime de competição e monitorando as partes nas quais o estabelecimento deste último fosse inviável, vejamos:

“Competition is an essential ingredient in a successful market economy. But competition is not viable in some sectors – the so-called natural monopolies. Even there, however, the extent and form of actual and potential competition are constantly changing. New technologies have expanded the scope for competition in many sectors that have historically been highly regulated, such as telecommunications and electric power. But ironically, regulation of such sectors is required to make markets work.”⁴¹ (destacamos).

Após esta breve abordagem das estratégias de que pode se valer o Estado para atingir a eficiência econômica [(1) regime de livre concorrência = eficiência econômica; (2) regulação econômica = eficiência econômica], e das ocasiões, em tese, que implicam na adoção de uma e de outra forma de agir, podemos concluir que, por vezes, é possível que a consecução de eficiência econômica (*lato sensu*) irradie efeitos benéficos à sociedade como um todo.

Vejamos então, com maior detalhe, os padrões que permeiam a regulação setorial, e as situações em que uma ou outra equação será levada a efeito como “verdade” à realidade do mercado.

41 (Trad. Livre): “A competição é um ingrediente essencial em uma economia de mercado exitosa. Mas a competição não é viável em alguns setores – os chamados monopólios naturais. Até neles, todavia, a extensão e forma da competição atual e potencial estão em constante mudança. Novas tecnologias expandiram o âmbito da competição em diversos setores que estiveram, historicamente, altamente regulamentados, tais como o de telecomunicações e energia elétrica. Mas ironicamente, a regulação desses setores é pré-requisito para o funcionamento dos mercados”. In Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries, p.10.

3.1. Padrões de Regulação:

Como aventado no início deste trabalho, por definição, temos que a atividade da regulação pode ser representada como uma limitação imposta pelo Estado na discricção a ser exercida pelos indivíduos ou organizações, cuja eficácia normativa é assegurada pela imposição de sanções, expressões claras do poder extroverso do Estado. Dessa forma, vale-se a regulação desse poder para restringir as decisões e direcionar/condicionar o comportamento dos agentes econômicos.

Segundo Wiscusi, Vernon e Harrington Jr., em contraste ao imposto de renda, *e.g.*, que não tem o condão de restringir a escolha dos indivíduos e organizações, a não ser pela redução das possibilidades das firmas remunerarem seus empregados, afetado-os em seu bem-estar, a regulação econômica normalmente se refere a restrições impostas pelo governo às decisões das firmas sobre preço, quantidade e entrada/saída. A regulação econômica é contrastada com a regulação social (que será tratada no capítulo 4).⁴²

Assim, principalmente sobre estes três⁴³ pilares de *preço, quantidade e entrada e saída*, atuará a regulação econômica, o que não impede que *qualidade, investimento* e até outro mecanismo de regulação possa ser empregado para a persecução da eficiência econômica. Isto porque, devido à sua característica de proximidade à realidade dos mercados para o implemento dos objetivos governamentais, o processo de regulação deve mostrar-se apto a adaptar-se, em primeira linha, à dinâmica do setor para efetivamente regulá-lo.

Recorrendo novamente às preciosas lições dos economistas Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁴⁴, temos que a indústria, ao ser regulada, tem sua

42 “In contrast to the income tax, which does not restrict the choices of individuals (though it does affect their welfare), the minimum wage is a regulation in that it restricts the wages that firms can pay their laborers. Economic regulation typically refers to government-imposed restrictions on firm’s decision over price, quantity, and entry and exit. Economic regulation is to be contrasted with social regulation (...).” In *Economics of Regulation and Antitrust*, p.307.

43 Alertando que os fatores preço e quantidade estão intrinsecamente relacionados, como se verá mais à frente.

44 “When a industry is regulated, industry performance in terms of allocative and productive efficiency is codetermined by market forces and administrative processes. Even if it so desires, a government cannot regulate every decision as it is physically impossible for a government to perfectly monitor firms and consumers. As a result,

performance industrial, expressa em termos de eficiência *alocativa* e eficiência *produtiva*, co-determinada pelas forças de mercado e pelos processos administrativos de regulação empregados pelo Estado. Mesmo querendo, é inviável ao Governo regular todas as decisões das indústrias em processo de regulação, de modo a estabelecer um perfeito monitoramento das firmas e consumidores.

Como resultado dessa realidade, as forças de mercado, identificadas/identificáveis por estudos detalhados do setor com vistas a operar a decodificação de suas peculiaridades, desempenham um papel significativo na determinação do grau de intervenção a ser levado a cabo pelo governo na regulação do referido mercado.

Os autores oferecem o exemplo da regulação no setor de transportes aéreos nos EUA, em que fora aplicado apenas o mecanismo de regulação de preços, deixando com que os agentes econômicos envolvidos no processo regulatório passassem a dispor da qualidade do serviço para compensar a perda de ganho no preço.

Entretanto, é importante lembrar que unido à verificação dos detalhes do setor pelas forças do mercado, deve o Estado atentar para a viabilidade das medidas e mecanismos a serem empregados no processo de regulação, em termos de custos. Isto é, não pode o Estado deixar que o processo de regulação sai mais caro que a própria “falha” que acomete o setor que busca regular. Por mais estapafúrdia que pareça essa assertiva, infelizmente, não é tão inócua de se notar na realidade dos mercados “regulados”.

Richard A. Posner⁴⁵, advogado norte-americano crítico da teoria da regulação e especializado em antitruste, ao comentar a regulação dos monopólios naturais levada a efeito nos EUA, argumenta, sobre a postura tradicional de seu País, que o esforço demasiado em “obrigar” resulta numa provável produção de distorções ao invés de estabelecer um razoável simulacro de pre-

market forces can be expected to play a significant role regardless of the degree of government intervention. For example, under airline regulation, the government controlled price but not the quality of service. This induced firms to shift competition from the price dimension to the quality dimension.” Ibid., mesma p.

45 “The effort to constrain, I argue, is more likely to produce distortions than to bring about a reasonable simulacrum of competitive price and output. This is primarily because of information and incentive problems of regulators and because of efforts by the regulated firms to neutralize regulation or to bend it to their advantage. These sources of ‘regulatory failure’, which is likely to be more serious than the ‘market failure’ that regulation is supposed to correct, are now wide recognize.” In *Natural Monopoly and its Regulation*, p.7.

ço e retorno notados em regime de competição. Em sua opinião, isso decorre, em primeiro lugar, por problemas de informação e incentivos do Regulador, seguidos de incessantes esforços das firmas reguladas em neutralizar o processo de regulação ou revertê-lo em seu benefício.

Segundo o autor, estes fatores, que denomina de “falhas regulatórias”, acabam por se tornar mais sérios que as próprias “falhas de mercado” que a regulação deveria supostamente corrigir.

Por estas e outras razões, como o incremento em tecnologia e desenvolvimento, Joseph Stiglitz⁴⁶ acrescenta que tradicionalmente as perspectivas regulatórias representadas por categorias rígidas de “regulation versus deregulation” e competição versus monopólio não têm sido “guias” suficientemente úteis à tutela dessas áreas de interesse. As novas tecnologias não têm clamado por “desregulação por atacado”, posto que nem todas as partes/segmentos da indústria adaptar-se-iam a um regime de competição. Ao contrário, demandam mudanças apropriadas nas estruturas de regulação com vistas a conhecer e abarcar os novos desafios. Contanto que as mudanças no processo conheçam a existência de áreas híbridas da economia, compostas por partes perfeitamente adequáveis a um regime de livre competição e partes mais vulneráveis à dominação por poucos produtores, com maior aptidão à regulação.

“Such changes must recognize the existence of hybrid areas of the economy, parts of which are well suited to competition, while other parts are more vulnerable to domination by a few producers. Allowing a firm with market power in one part of a regulated industry to gain a stranglehold over other parts of the industry will severely compromise economic efficiency”.⁴⁷ (destacamos).

Stiglitz afirma que permitindo que uma firma com elevado poder de mercado em uma parte da indústria regulada ganhe força e vantagem sobre

46 “Traditional regulatory perspectives, with their rigid categories of regulation versus deregulation and competition versus monopoly have not been helpful guides to policy in these areas. These new technologies do not call for wholesale deregulation, because not all parts of these industries are adequately competitive. Instead, they call for appropriate changes in regulatory structure to meet new challenges.” In Promoting competition and regulation policy (...), p.10/11.

47 (Trad. Livre): “Tais mudanças devem reconhecer a existência de áreas híbridas de economia, algumas das quais são compatíveis com a competição, e outras mais vulneráveis à dominação por alguns poucos produtores. Permitir que uma empresa com poder de mercado em uma parte de uma indústria regulada domine outras partes da indústria comprometerá severamente a eficiência econômica”. Ibid., mesma p.

outras partes da mesma indústria comprometer-se-á severamente a eficiência econômica.

Nesse diapasão, podemos entender que no processo de regulação, nem sempre a solução ótima almejada será efetivamente atingível, seja pela adoção de estratégias extremadas, ou seja justamente pela existência de barreiras reais que limitam a atuação do ente regulador, como limitações advindas (a) da estrutura de mercado que se almeja regular, (b) do poder de barganha dos regulados, (c) da evolução tecnológica da cadeia industrial e, sobretudo (d) do custo (econômico e social) dos mecanismos adotados pelo governo. Assim, cabe ao Estado o papel de observador próximo, atento e bem informado das peculiaridades que permeiam o setor que deseja regular, de modo a poder estabelecer uma indução de comportamento suficientemente eficaz e efetiva, por meio da adoção de mecanismos de regulação que não vão de encontro⁴⁸ às forças do mercado e que sejam aptos a contribuir para um retorno de eficiência econômica, que refletirá bem-estar à sociedade.

3.1.1 Controle de Preço:

A regulação pelo preço é um mecanismo cuja essência repousa na especificação de um preço particular que a firma deverá cobrar ou em restringir a firma à cobrança de preços dentro de uma margem pré-estabelecida pelo regulador. Se a preocupação do Regulador é, v.g., um monopolista que pratica preços excessivos, o mecanismo de regulação por preços poderá estabelecer um preço máximo a ser adotado. Por exemplo, no setor de telecomunicações de longa distância, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) poderia estabelecer um preço máximo à cobrança da tarifa de interconexão.

Esta modalidade de preço-cume é denominada, em regra, na doutrina comparada de “price-cap”. O limite à instituição do preço pode ser fixado tanto como máximo, em casos de cobrança para acesso à rede de infraestrutura, como mínimo, em hipótese em que a firma regulada possua concorrentes não regulados e possa praticar preço predatório para prejudicá-los. Supondo, nesta última hipótese, que estejam [regulado e concorrentes não regu-

48 Pretendemos aqui alertar para o fato de que o Estado, para obter retorno em efetividade de medidas de regulação, deve respeitar algumas forças de mercado iminentes a sua realidade. Valendo-se das mesmas para obter alvedrios de regulação e interesse social.

lados] ligados por uma mesma cadeia industrial ou em setores correlatos passíveis de sofrer efeitos cruzados.⁴⁹

Pode a autoridade Reguladora não só fixar o preço, a margem de preço, o limite máximo ou mínimo ao estabelecimento do preço a ser cobrado pelo regulado, como também, estabelecer sua indexação a determinado valor verificável no mercado interno, o ainda, fixar a estrutura de preço a ser adotada pelo regulado. Todavia, como alertam Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁰ a especificação da estrutura do preço em oposição à simples fixação de limites à grandeza do preço aumenta a complexidade da implementação do mecanismo de regulação econômica e pode resultar em adicionais perdas de bem-estar.

Na prática, alertam os autores, a regulação por preço pode representar o caminho encontrado pelo Regulador para limitar o lucro da indústria. Para eles o Regulador normalmente fixa o preço para apurar a normal taxa de retorno da atividade da indústria regulada. Todavia, podemos entender que é uma estratégia um tanto distante de ser efetivamente atingida, posto que o lucro das firmas tem realização e apuração complexas (pois, v.g., é composto por vários fatores, dos quais o preço é apenas um), de modo que, é quase impossível à autoridade Reguladora limita-lo assegurando uma normal taxa de retorno.

49 Para Isaac Benjó, in *Fundamentos de Economia da Regulação*: “Os principais modelos de estruturas e de reajustes tarifários atualmente adotados para os serviços públicos delegados à iniciativa privada são, em síntese, os seguintes: a) ‘retorno sobre o investimento’, pelo qual o concessionário tem direito a uma taxa de retorno ‘justa’ sobre os seus investimentos de capital; b) RPI – X price cap, adotado pela maior parte das privatizações no Reino Unido, pelo qual o valor da tarifa é corrigido por algum índice de atualização monetária, havendo a previsão de benefícios para os concessionários que conseguirem reduzir os seus custos entre as datas previstas para os reajustes; c) benchmark regulation, empregado quando a concessionária detém o monopólio da informação do setor – assimetria informacional –, criando-se, por esta razão, uma ‘companhia hipotética conceitualmente eficiente’, com a qual vai ser comparada para efeito dos reajustes das tarifas; e d) yardstick comparison, pelo qual o reajuste tarifário advém da comparação com a performance de concessionárias de outras áreas geográficas” (p.86/94), apud Bilac Pinto, p.221. (destacamos).

50 “The specification of a price structure as opposed to just a single price greatly increases the complexity of implementing economic regulation and can result in additional welfare losses (...).” In *Economics of Regulation (...)*, p.308.

Com opinião diametralmente oposta à adoção do controle de preços, Posner⁵¹ acredita ser questionável e fraco o mecanismo de regulação por controle de preços e lucros em termos de consecução de eficiência econômica e retorno em bem-estar à sociedade. Para ele uma firma monopolista que tem seu preço controlado pode reduzir a qualidade dos “bens” mantendo assim seu nível de lucro inicial, além de limitar a informação de seus dados internos ao Regulador.

3.1.2 Controle de Quantidade:

O controle de quantidade de produtos ou serviços da indústria regulada também representa um mecanismo que pode ser adotado. Esse mecanismo está intimamente ligado com o mecanismo de controle de preços, posto que possuem reflexos congêneres e mutualismo de aplicação. Ele pode ser adotado juntamente com o controle de preço ou de forma isolada. De forma análoga ao mecanismo de regulação por preço, a regulação por quantidade pode estabelecer margens máximas e mínimas para a produção de “bens” pela firma regulada.

Alternativamente, conforme Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵², uma forma do mecanismo de regulação por quantidade, normalmente aplicado nas questões de “*common carrier*”, é representada pela “*ordem*” (comando regulatório) de enfrentar toda a demanda praticando o preço regulado. Esta “*ordem*” é muito usada nos EUA para a regulação no setor de utilidades de energia elétrica. Através dela, por vezes, a firma regulada esgotará toda sua produção, caso o preço regulado esteja sendo muito bem aceito pelos seus clientes e consumidores, ou escoará parte ou pouco de sua produção, caso o preço regulado esteja ao alcance de uma pequena parcela de clientes e consumidores.

Como podemos ver, atrelada ao mecanismo de controle de preços, o Regulador pode impor restrições à quantidade da firma regulada sem tratar

51 “Because of the core of the monopoly problem, as traditionally conceived, is monopoly prices and profits, the determination of the overall revenue requirements that will just cover the test-year cost is the heart of regulatory process. Nonetheless, the social utility of this control is questionable. As explained earlier, the case for placing legal limits on monopoly profits, whether on grounds of social justice or economic efficiency, is not compelling. (...) A firm forbidden to raise rates or ordered to reduce them may react by reducing the quality of its product or service.” In *Natural Monopoly* and (...), p. 55/56.

52 In *Economics Regulation* (...), p.309.

diretamente sobre esse aspecto. Interessante se torna a observação de que na fixação de quantidade, o Regulador poderá vislumbrar fins sociais como a expansão dos produtos e serviços à população de baixa renda.

3.1.3 Controles de Acesso:

O acesso ao mercado é um ponto chave no processo regulatório. Constitui um dos pilares dos mecanismos de regulação posto que envolve o controle da entrada e saída de agentes econômicos nos mercados, da sorte que essas variáveis são críticas na determinação de eficiências, tanto alocativa quanto produtiva, no setor.

A entrada pode ser controlada de várias formas, e tal controle é efetivamente engendrado no setor de “public utilities”, nos EUA⁵³, ou, para nós, em setores de infra-estrutura e de relevância social como o de telecomunicações e energia elétrica. O regulador pode simplesmente vedar a entrada de outras firmas no mercado regulado, ou estabelecer certas metas à entrada. O estabelecimento de metas a serem atingidas pelas firmas nos setores regulados pode significar limitações à entrada e à saída de firmas a dados setores.

No caso das Telecomunicações, por exemplo, especificamente na telefonia local no Brasil, a ANATEL estabeleceu metas às operadoras, atuantes dentro dos Estados (Regiões), para poder operar em longa distância. Nesse caso, as metas representam, dentre outras finalidades, limitações à entrada de firmas no setor de telefonia de longa distância.

Já a saída pode ser controlada com base na fixação de exigências à firma regulada cujo objetivo principal é o de ampliar a disposição dos “bens”, produtos das atividades no setor, a um número maior de consumidores, comparado ao número de consumidores que teriam acesso aos “bens” caso no setor vigesse um regime de livre concorrência. Este tipo de mecanismo pode vincular firmas a operar em mercados não lucrativos, normalmente, mercados com alta necessidade de regulação, proibindo-as a saída sem a aprovação da entidade Reguladora.

3.1.4 Controle de Outras Variáveis:

Essencialmente, a regulação age sobre as variáveis de preço, quantidade e número de firmas operantes no mercado, de modo a limitar o comportamento dos agentes econômicos pela utilização de mecanismos que alterem

53 Ibid., mesma p.

ou induzam a dinâmica de dados fatores. Entretanto, pode a regulação recair sobre outras variáveis como é o caso da regulação da qualidade.

A regulação da qualidade dos produtos ou serviços produzidos no mercado pode se basear no estabelecimento de um padrão mínimo de qualidade e segurança a dados “bens” frutos das atividades no mercado regulado. Se, v.g., há blecautes regulares no setor elétrico, pode o Regulador responsável pelo setor (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no caso do Brasil) intervir para exigir um aumento na capacidade no fornecimento de energia para melhorar a segurança e continuidade na prestação do serviço. A regulação da qualidade dos “bens” pode assim proporcionar segurança e assegurar a incolumidade dos clientes e consumidores do setor.

A atividade regulatória, por outro lado, pode recair no planejamento de desenvolvimento do setor, de modo a estabelecer parâmetros e metas para agentes que se voltem à exploração do setor regulado, como é o caso da ampliação da cobertura para serviços de infra-estrutura, v.g., telefonia, energia e saneamento básico.

Tal como os outros mecanismos de regulação, a razão para a utilização da regulação de qualidade repousa na constatação de sua viabilidade em termos de custos de implementação e taxa de retorno. Conforme preceituam Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁴, para controlar qualquer variável, os agentes econômicos relevantes do setor têm que estar aptos a concordar com qual variável será eleita para o controle e, da mesma forma, quais serão as restrições sobre elas impostas pelo Regulador.

No caso de preço e quantidade, afirmam os autores, esta tarefa é de fácil execução, posto que o preço é medido pelo montante pago pelo consumidor pelo bem, que é relativamente fácil de se observar. Além do que, as restrições tomam simples formas numéricas: preço máximo e preço mínimo. De forma similar, a medida da quantidade permite ao Regulador estabelecer restrições específicas.

54 “To control any variable, the relevant economic agents have to be able to agree on what the variable is and what restrictions are placed on it. In case of price and quantity, this is not difficult. The price is the amount paid by the consumer for the good, which is relatively easy to observe. Furthermore, restrictions take the simple form of numbers: a maximum price and a minimum price. Similarly, the measurability of quantity allows a regulatory agency to specify restrictions on it. However, quality is typically not so well defined nor so easily observable.” In *Economics of Regulation* (...), p.311.

Por outro lado, a qualidade usualmente não é tão bem definida e não é de fácil observação. Ela pode se estender, v.g., a tempo de performance, segurança e atendimento ao usuário. Em tese, o Regulador deveria apurar cada uma das variáveis presentes no mercado a ser regulado, de modo a conseguir estabelecer uma efetiva regulação de qualidade, todavia, esta empreitada pode ser muito custosa ao governo. Como resultado, o Regulador acaba por fixar padrões a uma só variável, como a segurança, deixando com que as demais variáveis sirvam de campos ao exercício da competição por parte das firmas.

“Generally, economic regulation has not placed sever restrictions on the quality of products or services that firms offer with the notable exception of product safety.”⁵⁵

Como mais à frente será tratado, a regulação de qualidade, agregada aos mecanismos de controle de preço e acesso, e.g., está mais atrelada ao bem-estar da sociedade. Através dela, v.g., os consumidores terão seu rol de opções ampliado no momento de adquirir produto ou serviço, podendo escolher, além do menor preço, o “bem” de melhor qualidade. Por essa razão, realizaremos nova abordagem dos mecanismos de regulação de qualidade no capítulo seguinte que trata dos objetivos sociais e mecanismos de regulação.

A título de ilustração, ressaltando que seu grau de efetividade é questionável, outra variável possivelmente adotada como mecanismo de regulação é o investimento das firmas. Em contraste com as demais variáveis, a regulação de investimento possibilita a intervenção do governo no processo produtivo das firmas reguladas, isto é, na escolha da tecnologia e das opções de investimentos (entradas). Segundo Wiscusi, Vernon e Harrington Jr.⁵⁶, um exemplo interessante, notado nos EUA, dessa modalidade de regulação é sua aplicação nas decisões de investimentos de hospitais. Certificados de Necessidade de Programas Hospitalares possibilitam que hospitais obtenham aprovação estatal antes de adentrarem certos projetos de investimento. Segundo os autores, o objetivo presumido dessa modalidade de regulação é evitar a duplicação de facilidades.

55 (Trad. Livre): “Geralmente, a regulação econômica não tem colocado restrições severas à qualidade dos produtos e serviços que as empresas oferecem, com a notável exceção nas que concernem a segurança dos produtos”. *Ibid.*, mesma p.

56 “One significant example is state regulation of investment decisions by hospitals. Certificate of Need programs require a hospital to obtain state approval before undertaking certain investments project. The presumed objective is to avoid duplicate facilities.” In *Economics of Regulation (...)*, p.311.

É bom lembrar que o controle do investimento pode representar uma lacuna à intervenção desmedida do Estado na gestão das firmas, o que dificilmente resultaria benefícios à sociedade, refletindo tão só um desvio de finalidade no estabelecimento da regulação.

Concluindo, apesar de comumente aplicados de forma conjunta e se voltando, em visão finalística, ao mesmo objetivo (bem-estar social), veremos no próximo capítulo alguns mecanismos de regulação social, estabelecendo alguns padrões de regulação sob o prisma imediatamente social.

4. Objetivos Sociais e Mecanismos de Regulação:

Como aventado no início do capítulo 3, a eficiência econômica é o princípio que norteia tanto a ação antitruste, participe da regulação geral, quanto à ação regulatória setorial, entretanto, no caso desta última, não só a eficiência econômica, ou equilíbrio do mercado, objetiva a atividade regulatória. Como dito de forma singela em alguns pontos, também no capítulo 3, o foco do processo de regulação poderá priorizar objetivos sociais não atingíveis pela “simples” consecução de eficiência econômica nos mercados.

Por vezes, oriundos de políticas públicas, tais objetivos podem, numa visão imediata, até mesmo representar ineficiências econômicas, razão pela qual devem ser cuidadosamente engendrados pelos reguladores. Todavia, adotando um ponto de vista macro, e de longo prazo, o que, v.g., inicialmente fora taxado como ineficiente em termos econômicos, poderá proporcionar ganhos muito superiores em termos de eficiência ao mercado, sobretudo pela ampliação da demanda. Um exemplo claro dessa modalidade de objetivo é a universalização de determinados serviços prestados, integralmente ou em parte, sob regime de monopólio, ou, de forma análoga, a fixação de obrigações de ampliação nas coberturas assistenciais (por exemplo, no setor de assistência suplementar à saúde).

Este aparente paradoxo existente entre eficiência econômica e “eficiência”⁵⁷ social (ou eficiência distributiva⁵⁸), deve ser sopesado com base em ditames da Constituição e princípios que norteiam o ordenamento jurídico,

57 Substantivo por nós empregado.

58 Segundo Mário Possas e outros, “(...) refere-se à capacidade de eliminação, por meio da concorrência ou de outro dispositivo, de rendas monopolísticas ou outros ganhos temporários por parte de agentes individuais.” in *Regulação da Concorrência* (...), p.5. Refere-se, em síntese, à distribuição dos ganhos à sociedade.

devido a autoridade governamental realizar o julgamento da medida de prevalência de uma sobre outra, ou, sempre que possível, realizar sua adequação.

Comentando este fenômeno e sugerindo método salutar, Joseph E. Stiglitz⁵⁹, em sua obra *Economics of the Public Sector*, assevera ser tarefa do Governo a realização do juízo de valor acerca da opção a ser levada a efeito pela Administração Pública, baseando-se na **eficiência versus equidade**.

Para ele, a **eficiência** é medida pela simples soma dos ganhos e perdas por indivíduo (que é calculada em maneira curta de descrição). Já a **equidade** é medida pelo total de desigualdade presente na sociedade. Caso um projeto registre ganhos positivos (efeitos positivos em termos de eficiência) e reduza a desigualdade, ele deve ser adotado. Entretanto, se um projeto registra perdas e aumenta o grau de desigualdade, ele deve ser repudiado. No meio termo, se a medida de eficiências demonstra ganhos, porém a medida de igualdade demonstra perdas (ou vice versa), há um impasse (ou balanço), que deverá ser apurado e solucionado com base na **função bem-estar social** da decisão, representada em última análise pela questão: quanto de desigualdade extra a sociedade está disposta a aceitar em prol do acréscimo de eficiência à indústria?

Na esteira do dito por Stiglitz, por vezes, o objetivo social pode refletir uma eficiência econômica, como no caso da “falha” de mercado da assimetria de informação, cujo afastamento pode expressar tanto um benefício de ordem social como uma eficiência econômica, notada, sobretudo, no equilíbrio de comportamento dos agentes econômicos no mercado, no atendimento de maiores necessidades de clientes e consumidores dos “bens” produzidos no mercado. Porém, trataremos mais à frente dessa questão.

É importante lembrar que a análise da prevalência da eficiência em contraste com o bem-estar social, em situações de impossibilidade de consigna-ção conjunta, deve pautar-se em critérios constitucionais. Vale dizer, nos

59 “Efficiency is measured by simply summing the gains or losses for each individual (which are calculated in a manner to be described shortly). Equity is measured by looking at some overall measure of inequality in society. If a project has net positive gains (positive efficiency effects) and reduces measured inequality, it should be undertaken. If a project has net positive losses and increases measured inequality, it should not be undertaken. If the efficiency measure shows gains but the equality measure shows losses (or vice versa), there is a trade-off, which is evaluated using a social welfare function: how much extra inequality is society willing to accept for an increase in efficiency?”, p.105.

ditames de igualdade, dignidade e justiça social prescritos pela Magna Carta e disciplinados ao longo do ordenamento jurídico.

4.1 Padrões de Regulação:

Em muitos países, sobretudo nos denominados “em desenvolvimento”, a regulação, de maneira geral, prioriza aspectos de ordem social, notadamente na regulação de serviços de infra-estrutura, cuja preocupação é *expandir o acesso* à população mais pobre. Nesse prisma, a regulação de infra-estrutura baseia-se em critérios de *universalização* e *continuidade* na prestação de serviços de interesse social, bem como em proporcionar efeitos benéficos à saúde da população, preservar o meio ambiente e proteger o consumidor.

Como dito brevemente no capítulo precedente, um dos mecanismos voltados à consecução de objetivos de ordem social é a regulação da *qualidade*, que pode ser agregado aos mecanismos principais de regulação econômica como o controle de preço, quantidade e acesso para consignar fins sociais diretos como objetivos de universalização e continuidade de serviços de utilidade social. Desta forma, sem a intenção de esgotar o tema, mas tão só com o fito de estabelecer uma visão breve e geral do assunto, passamos a comentar alguns padrões de regulação *de qualidade* utilizados/utilizáveis para proporcionar conquistas sociais à população como um todo.

4.1.1 Controle de Qualidade:

A regulação de serviços de infra-estrutura possui muitas dimensões, em termos de geração de efeitos à sociedade. Para uns, os efeitos da prestação podem tanger da saúde pública ao meio ambiente. Os padrões de regulação para dados serviços podem ser definidos objetivamente, por exemplo, através de levantamentos de “o quê” *não* deve ocorrer como: (a) consumidores não esperam beber água contaminada que os tornem doentes e (b) passageiros de ônibus não esperam ser injuriados pelo atraso e maus tratos no serviço.

Dessa forma, Bill Baker e Sophie Trémolet⁶⁰ alertam que a qualidade é, sobretudo, uma questão de escolha por parte do cliente e do consumidor

60 “Offering different levels of quality for these services is equivalent to changing the economic value of the service, and could therefore be expected to elicit a different willingness to pay from each customer or group of customers.” In *Public Policy for the Private Sector* (...), p.2.

(já integrado na demanda). Para esses autores, oferecer diferentes níveis de qualidade para os serviços equivale a mudar seus valores econômicos, possibilitando assim a eleição de diferentes disposições de pagamento pelos clientes individualmente considerados ou por grupos de clientes no setor. Vale dizer, complementando a visão dos autores, ao criar níveis de qualidade aos produtos *com menores preços*, abre-se, sensivelmente, o mercado a novas e maiores demandas de usuários.

De forma não satisfatória, essa flexibilidade na colocação dos padrões de qualidade é rara, sobretudo no Brasil. Os consumidores normalmente não percebem o potencial de diferenciação na qualidade dos serviços e utilidades, não se dispendo ou não sendo aptos a explorá-lo. Padrões de qualidade, em regra, são fixados pelo governo, por meio da adoção de padrões tradicionais (“*standards*”) copiados entre países. Esses padrões normalmente recaem sobre “*o que é aceitável para os pobres*” e “*ótimo socialmente*”, raramente adentrando em considerações de capacidade de produção ou custos e benefícios do diferentes padrões de qualidade. Assim, pelo simples aumento do preço dos produtos devido à fixação genérica e unidirecional dos padrões de qualidade, invariavelmente, limita-se aos pobres o acesso a dados produtos e serviços.

O cenário que marca as questões do suprimento em serviços a áreas de baixa renda repousa na assertiva de que é mais caro servir aquilo que é pouco acessado, pois o baixo consumo do nicho não cobre os custos de conexão, somados ao alto grau de risco de inadimplemento pelos usuários. Frente a esse contexto, o Regulador deve atentar para estes fatores peculiares da realidade da demanda do setor, de modo a proporcionar pacotes variados de preço e qualidade.

Assim, como ensinam Bill Baker e Sophie Trémolet⁶¹, se um provedor privado objetiva “servir aos pobres” mantendo sua margem de lucro, ele deve diversificar seu preço ou mecanismos de suprimento, ou os dois. Isto pode envolver: (i) cobrança de maiores preços aos pobres, em reflexo aos custos reais de suprimento (o que não é politicamente correto e aceitável) ou; (ii) encontrar alternativas como suprir grupos de usuários (não integrados na demanda usual de consumo) como diminuir, a níveis aceitáveis, os padrões de qualidade para reduzir os custos.

Usando uma solução pautada na utilização agregada de dois mecanismos de regulação, de *preço* e de *qualidade*, a qual é denominada *custo reduzido com qualidade reduzida*, os provedores poderão adaptar o serviço ao

61 Ibid., mesma p.

nível de disposição dos consumidores mais pobres. Isto é, poderão ampliar a demanda de consumo para nichos de usuários excluídos. Demais disso, adiciona-se a esta opção de *custo normal* ou *custo reduzido* o custo de monitoramento da entidade Reguladora, que poderá ser reduzido pelo estabelecimento de regras de auto-monitoramento por parte da firma regulada.

Mas, o que limitará o grau de aceitabilidade dessa redução na qualidade dos “bens” ofertados à população de baixa renda e em que medida isso não estará ferindo os ditames de igualdade e justiça social presentes na Constituição Federal?

A resposta a estas e outras indagações, por mais óbvias que sejam, apontam de forma positiva para o Estado. Enquanto regulador, o Estado estabelecerá os limites mínimos à qualidade, expressa, *v.g.*, em segurança, salubridade, menor risco e utilidade. É interessante observar as sugestões dos membros do Banco Mundial, que apontam, especificadamente, que o Regulador responsável pelo setor deverá estabelecer (a) os padrões mínimos de qualidade; **(b) as necessárias provisões de informações para o consumidor** (de forma direta, por si, e/ou por determinações ao regulado); (c) encorajar a sinalização de qualidade às firmas privadas, estabelecendo graus de reputação às firmas através de “selos de qualidade”, do próprio regulador ou de associações especializadas no setor; (d) dispor centros de atendimento ao usuário para abarcar reclamações de insatisfação quanto a produtos ou serviços.⁶²

Importante frisar que, quer elevada ou reduzida ao mínimo, a qualidade *deve ser* informada aos consumidores e clientes, sendo que tal idéia, no caso dos primeiros, é reforçada por prescrições do Código de Defesa do Consumidor.

Vale lembrar que nas soluções de *custo reduzido* propostas pelo regulador para o atendimento da demanda de baixa renda, poder-se-á conferir subsídios a firmas que se interessem em participar do mercado regulado enquanto provedoras de serviço ou produto, viabilizando-lhes a aferição de uma margem mínima de lucro. Este mecanismo, atrelado ao mecanismo de controles de acesso, pode atrair novas firmas à dinâmica do mercado, que servirão como entidades provedoras alternativas às demandas mais humildes do setor, pois adentrarão, já sob o regime de qualidade mínima, para expandir a oferta aos consumidores mais pobres.

Nesse prisma, o regulador funcionaria como um ente especializado em oferecer soluções de *custo reduzido* e de *contato comunitário* à expansão

62 Ibid., mesma p.

dos produtos e serviços à população de baixa renda, especialmente no que concerne à atração de prestadores alternativos. Adrede, a coleta e a disseminação de informações pelo regulador sobre a performance de qualidade, custos etc., de todos os provedores do setor poderia, de forma barata e eficiente, reduzir a assimetria de informação presente entre consumidores e prestadores (ampliando o direito de escolha dos primeiros), como também, a existente entre os próprios prestadores, sobretudo no que atente às novas firmas assimiladas como prestadores alternativos do setor e as firmas já consolidadas e especializadas no setor.

5. Assimetria de Informação:

Mencionada algumas vezes ao longo deste trabalho, vimos que a assimetria de informação está presente em partes importantes do raciocínio que veicula a idéia da regulação, mas o que é assimetria de informação? Em que medida atua no mercado? Antes mesmo de representar um fenômeno que acomete o mercado, limitando-o de tal forma a demandar a atuação positiva do Estado, para efeitos de *eficiência econômica* e *bem-estar social*, cremos que a assimetria de informação representa um fenômeno de comunicação.

Estudamos em outra ocasião de pesquisa que para haver comunicação, ou seja, troca de informações ou até mesmo de dados entre dois sujeitos, é preciso que haja entre eles uma correspondência mínima de *repertórios*⁶³, supondo valerem-se os dois de códigos idênticos ou até congêneres. E que, uma relação de comunicação pode ser estabelecida de forma *simétrica* e *com-*

63 “Para que haja uma transmissão efetiva de mensagem, é necessário ocorrer uma correspondência entre o repertório do emissor e o repertório do destinatário da mensagem. Esclarecendo, tomemos por conceito inicial de repertório o conjunto de elementos que possuem significado para o usuário de um sistema de comunicação. O repertório é o conjunto de signos conhecidos ou assimilados por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos, uma espécie de estoque de experiências, fixados por determinado código.” Eduardo Molan Gaban, in *A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, 2º. Relatório Final de Iniciação Científica entregue à FAPESP, p.10.

*plementar*⁶⁴, de modo que, no caso desta última, um dos participantes do processo de comunicação exerce ou pode exercer *poder* sobre o outro.⁶⁵

Em outras palavras, para que haja a comunicação, é imprescindível, dentre outros elementos de ordem estrutural, a presença do “bit”⁶⁶ informacional, viabilizado pela correspondência mínima entre os repertórios dos participantes da troca de mensagens. Verificando-se a presença (a) do “bit”, (b) do canal e (c) do envio de mensagens, pressupõe-se a comunicação, porém ainda não se sabe se sua natureza é simétrica ou complementar. Por vezes, a natureza do processo de comunicação é preestabelecida, como é o caso da linguagem normativa do direito, cuja predominância é da complementaridade⁶⁷.

Todavia, em processos cuja natureza não seja preestabelecida, vislumbrando-se na esfera de *probabilidades* os resultados (“*feedbacks*”) da interação, como é o caso da linguagem econômica⁶⁸, temos que voltar nossas atenções a detalhes do processo, aos efeitos da interação, ou às suas probabilidades, para que possamos identificá-la. Assim, um fator marcante à identificação da natureza da relação de comunicação é o equilíbrio ou não dos repertó-

64 “(...) a interação simétrica é caracterizada pela igualdade e a minimização da diferença; a interação complementar baseia-se na maximização da diferença.” In *Pragmática da comunicação humana*, p.63.

65 Eduardo Molan Gaban, in *A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, 1º. Relatório Final de Iniciação Científica entregue à FAPESP, p.49.

66 “BIT. Na teoria da comunicação, o bit é a unidade de da quantidade de informação. O termo ‘bit’ (diz-se também ‘binit’) é uma abreviação da expressão inglesa ‘binary digit’. Os dados, nos sistemas de informação mecânica e eletrônica, como o computador, são representados somente por dois estados possíveis; é portanto uma notação binária que se emprega para ilustrar essas indicações (...) Se se considera um código, ou sistema de signos, suscetível de servir de base à transmissão de uma mensagem, esse código, comportando dois sinais possíveis, ambos igualmente prováveis, (0 e 1, p. ex.), tem a capacidade de um bit cada vez que é utilizado (...)” in Jean Dubois e outros. Utilizamos assim o termo bit com o significado de possibilidade de escolha binária revestida de conteúdo informacional.

67 “(...) o direito caracteriza-se como um discurso eminentemente complementar, uma vez que não possibilita o diálogo em sua completude, pois estabelece unidirecionalmente, através de seu cometimento, a forma pela qual devem se comportar seus endereçados (...)” in *A efetividade da norma jurídica* (...), p.21.

68 De forma diversa da linguagem do direito, que prescreve condutas e vincula resultados, a economia se estabelece, com maior rigor, no âmbito descritivo (para com a realidade), apresentando maior grau de imprevisibilidade e menor grau de vinculação comparada ao direito, enquanto ordenamento jurídico.

rios dos sujeitos da comunicação. Tomando para tanto a noção de *equilíbrio de conteúdo informacional*, ou seja, se são semelhantes em conteúdo informacional ou se um deles possui um conteúdo informacional demasiadamente superior ao do outro.

Caso haja um equilíbrio de repertórios, é grande a probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de simetria. Entretanto, caso haja desequilíbrio de repertórios, há maior probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de complementaridade, ou seja, de uma das partes exercer poder sobre a determinação do comportamento da outra.

Desse modo, temos que uma acentuada diferença de repertórios, sobretudo no aspecto conteúdo⁶⁹, pode desvirtuar a natureza de uma comunicação, de modo a converter uma relação cuja normalidade repouse na simetria (igualdade de posições) à complementaridade. Restando uma das partes sobreposta à outra em *poder de informação*, é potencialmente hábil a abusar da sua posição de sumo “detentor” de informação em detrimento da outra parte. Assim, *v.g.*, no caso de uma simples relação comercial de compra e venda de bens, algo que poderia resultar em uma troca de ônus e bônus, poderá resultar em abuso por parte de um dos sujeitos da relação.

Podemos então entender que a assimetria de informação pode ser representada por uma *assimetria* ou *desequilíbrio de conteúdo* de repertórios. Tendo por certo que tal desequilíbrio pode resultar em desequilíbrio da capacidade de barganha e sobreposição de interesses numa relação entre dois sujeitos em torno de bens e/ou valores.

Análoga à definição de assimetria de informação, com base na teoria da informação, encontramos a definição de Joseph E. Stiglitz com base na teoria econômica, a saber:

“Asymmetric information is a situation in which economic agents involved in a transaction have different information, as when a private motorcycle seller has more detailed information about its quality than the prospective purchaser, or an employee will know more about their ability than their employer. Information that is distributed asymmetrically between economic agents can be categorized as ex ante, pre-contractual of the transaction, or ex post, post-

69 Partindo da premissa que, em visão ampla e simplificada, numa linguagem estão presentes aspectos de estrutura e de conteúdo, tal como na escrita a sintaxe e semântica, temos que o aspecto conteúdo expressa-se em informações já consolidadas e informações novas e inteligíveis, hábeis a crescer, globalmente, o repertório do receptor (ouvinte).

contractual of the transaction, that influence economic behavior and operation of the market.”⁷⁰ (destacamos).

Em interessante e recente tese de doutoramento, o Prof. Fábio Gallo Garcia, da Fundação Getúlio Vargas – EAESP, afirma que a ciência econômica se ocupa primordialmente do estudo do uso dos recursos limitados para obtenção de máxima satisfação material, tendo-se em conta que a distribuição de tais recursos se dá pelo envolvimento de agentes em transações as mais diferenciadas. Por sua vez, essas transações de mercado são explicadas em modelos microeconômicos que detalham mercados individuais.⁷¹

Grande parte desse detalhamento teórico, partiu do pressuposto crítico de que os agentes detinham total informação sobre os bens e serviços que estavam negociando. Ou seja, basearam-se na simetria e perfeição de informações, distanciando-se das situações presentes na realidade, “servindo antes de marcos teóricos para a compreensão de realidades complexas”.

*“De fato, os mercados trabalham com informações imperfeitas porque as informações são custosas ou impossíveis de ser obtidas. Ademais, como pontuam VARIAN (1990) e STIGLITZ (1993), esses desvios informacionais dos mercados podem estar relacionados a uma ou às duas pontas envolvidas nas transações que se realizem correntemente na economia.”*⁷²

Com base nesse conceito microeconômico, Fábio Gallo Garcia definiu a assimetria informacional com sendo a situação em que ao menos um dos agentes envolvidos em transações econômicas específicas é melhor informado do que as outras partes envolvidas. Além disso, ressalta, define-se comumente duas formas de assimetria informacional, a saber, a *ex-ante* (pré-evento) e a *ex-post* (pós-evento).

70 (Trad. Livre): “Informação assimétrica é uma situação na qual os agentes econômicos envolvidos em uma transação têm informações diferentes, como é o caso do vendedor de motocicletas tem informações mais detalhadas a respeito da qualidade destas do que o provável comprador, ou do empregado que sabe mais a respeito de suas habilidades do que seu empregador. Informação que é distribuída assimetricamente entre agentes econômicos pode ser categorizada como *ex ante*, pré-contratual da transação, ou *ex post*, pós-contratual, que influenciam o comportamento econômico e a operação do mercado”. In *Economics*, p. 450.

71 In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.25.

72 *Ibid.*, p.26.

Ligada a essas assertivas, tem-se a “seleção adversa”, concepção teórica que traz a idéia de que um agente econômico envolvido em uma transação comercial qualquer conhece algo sobre as suas próprias características que a outra parte (o outro agente) desconhece. Esse conceito é representado pelo problema de “informação escondida” no mercado, tendo sido bem explorado por George Akerlof (1970), em estudo realizado no mercado de carros usados nos EUA⁷³.

73 Comentando o mercado de carros usados nos EUA, George Akerlof (1970), Professor da Universidade Berkeley, Califórnia, encontrou uma explicação simples para o fenômeno da depreciação do valor (redução do preço) de carros usados com relação aos carros novos, com base na imperfeição das informações. A essa teoria, denominou seleção adversa. Para ele, uns carros são piores que os demais. Neles, pode haver defeitos ocultos, os quais são desvendados por seus primeiros possuidores, apenas após a aquisição do veículo, ou, na terminologia de Stiglitz (1993) e Takor (1993), ex-post contrato. George Akerlof atribuiu a tais carros defeituosos o apelido de “limões”; com a natureza refletida no pensamento dos proprietários através do enunciado: “algo no veículo não anda bem, e pode piorar”. Prosseguindo, revela que enquanto garantias reduzem o custo de possuir um “limão”, não eliminam o problema que perfaz sua natureza de “limão”, de modo que seu proprietário fica cada vez mais ansioso para vendê-lo, pois, mesmo com a presença de termo de garantia, sabe que, provavelmente, em algum momento o “limão” vai quebrar de vez. Os possuidores/donos dos “limões” sabem que não foram bem sucedidos em sua aquisição e querem “passa-los” (vendê-los) para outros proprietários. A qualquer preço, aqueles que possuem os piores “limões” têm ansiedade por vendê-los rapidamente. Como o preço cai, por consequência do grande movimento de venda de “limões”, aqueles que tem os carros usados em melhor estado que típicos “limões”, decidem que é melhor permanecer com os veículos a vendê-los a preços tão reduzidos. Isto significa que a qualidade média daqueles ainda oferecidos no mercado é reduzida. Segundo Akerlof, num efeito de seleção adversa, conforme o preço cai, o mix daqueles que optam por vender diminui proporcionalmente. Isto quer dizer que a qualidade da oferta diminui à medida da redução do preço. A razão para este tipo de movimento do mercado repousa na assertiva geral de que à medida que o preço aumenta, a qualidade aumenta, tendo-se por certo que o comportamento da demanda não se fixa apenas por preço, mas também por qualidade (“valor” do bem para o mercado). De forma proporcional, à medida que o preço cai, a qualidade dos produtos deteriora-se rapidamente, reduzindo-se, como o preço, a demanda por quantidade, posto que os consumidores não estarão dispostos a gastar com produtos de baixa qualidade.

Notamos a presença de informações assimétricas na relação entre vendedores e compradores de carros. Ou seja, os vendedores de carros têm mais informações sobre seus produtos que os compradores. Muitos mercados são caracterizados por assimetrias de informação em um dos pólos da relação, ou até mesmo nos dois pólos, e têm como consequência sua relativa redução do número de compradores e vendedores, em

O “risco moral”, efeito de assimetria de informação, caracteriza-se por situações em que determinado agente, de posse de uma informação privada, toma atitudes que podem afetar negativamente o outro agente. “Esse tipo de problema é típico do mercado de locação de veículos; exemplos surgem naquelas situações em que os motoristas dirigem com menos cuidado pelo fato do veículo estar totalmente segurado.”⁷⁴ O problema de “risco moral” é também representado por um problema de “atitude escondida”, visto que diversas seriam as situações em que um dos lados envolvidos em determinada operação não poderia observar as atitudes da outra.

Temos assim que, unindo o conceito da teoria da informação ao conceito econômico, este desequilíbrio de repertórios entre os agentes de um processo de comunicação projeta-se nas relações dos agentes de mercado, de modo que passa a influir de maneira marcante no regime de competição nos/dos mercados, chegando até a demandar intervenção *indutiva* do Estado para proporcionar o equilíbrio do setor.

Na esteira dessa definição, chamamos a atenção para o fato de que uma das “falhas” de mercado, propositalmente não pormenorizada nos capítulos anteriores, é representada pela assimetria de informação. Este fenômeno

comparação a mercados revestidos de informações “perfeitas”. A falta ou imperfeição de informações de parte dos agentes de mercado atinge de modo contundente as noções de preço e qualidade. Ou seja, as noções de preço e qualidade restam, para clientes e consumidores, distorcidas. Passando a haver confusão quanto ao valor de mercado do bem, resultando tal obscurecimento na atribuição de maior valor informacional ao fator preço, pois a qualidade é uma informação que permanece com os vendedores.

Sabe-se que o mercado de carros usados (tanto nos EUA quanto no Brasil) não é composto inteiramente por “limões”, havendo, de outra feita, carros usados de boa qualidade. Todavia, devido à acentuada assimetria de informações por parte da maioria daqueles que desejam comprá-los, a assertiva da boa qualidade dos carros usados não tem efeitos práticos na relação direta entre compradores e vendedores. Da mesma forma, aqueles que desejam vender bens e serviços, num ambiente de assimetria de informações, apresentarão posturas diferenciadas quanto às suas estratégias competitivas, pois tiveram a noção da demanda distorcida em decorrência da imperfeição informacional. Em mercados em regime de competição, as normas de defesa da concorrência estabelecerão limites à assimetria de informação presente entre agentes econômicos, com vistas a preservar a competitividade no mercado. Situação que deve ser revista em mercados acometidos por “falhas” estruturais, ou naqueles em que a competição não resulte informação suficiente ao consumidor.

74 In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.27.

de desnível de repertórios encontrado numa corriqueira troca de mensagens e projetado nas relações entre agentes de mercado que, quando acentuado em grau e situado em contexto de interesse social, traz ao Estado o dever de atuar nas estruturas dos setores por ele acometidos.

Assumindo como premissa o conceito de assimetria de informação e seu potencial de desequilibrar a estrutura de um mercado, vejamos, em primeiro lugar, quais efeitos podem ser notados no modelo econômico da concorrência perfeita, aplicável às realidades mercadológicas como padrão analítico, e na seqüência, quais reflexos de assimetria de informação apresentam-se na realidade dos mercados e no setor específico de assistência suplementar à saúde.

5.1. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo”:

O primeiro impacto da assunção da existência de informações assimétricas nas realidades dos diferentes mercados, resultou na reestruturação de modelos econômicos, como é o caso do modelo do mercado com regime de “concorrência perfeita”. Adotando as palavras do jurista e ex-Conselheiro do CADE, Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, podemos observar com se cristaliza o modelo de concorrência perfeita:

*“(...) a **concorrência perfeita** pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe-se que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (atomicidade) e que a atuação individual de um deles na fixação de preços de seus produtos não consiga afetar de maneira substancial a formação de preços dos bens. Pressupõe ainda a fluidez, pois que todos os concorrentes teriam pleno conhecimento da intenção e da forma de atuação de todos os outros, e conseqüentemente podem determinar com toda liberdade a quantidade e qualidade da oferta e da procura e, ainda, podem livremente entrar no mercado ou dele sair. A fluidez traz consigo o requisito da informação, que, sendo correta, clara e transparente, é o fruto opimo da lealdade (“fairness”). Pressupõe também que haja uma homogeneidade do produto e uma formação de preços absolutamente isenta de qualquer influência desigualadora. A homogeneidade não significa igualdade de produtos, mas so-*

bretudo tem como característica a substitubilidade.” (sic.)⁷⁵ (destacamos).

Acostumados normalmente a utilizar o modelo econômico da “concorrência perfeita” como parâmetro de análise de impacto na concorrência real de setores da economia, estudiosos, notadamente os economistas, supunham viger nesse modelo situações de perfeita troca e posse de informações, isto é, supunham haver perfeito equilíbrio de informação entre os agentes de mercado. Em contrapartida, incorporando o fator “informação assimétrica” aos modelos econômicos, estudiosos têm tido um imenso trabalho em preencher a lacuna verificada entre a realidade dos mercados e a realidade descrita no modelo de “concorrência perfeita” com informações perfeitas e simétricas.

É o que extraímos das lições do economista Joseph E. Stiglitz, cuja crença condiz com uma realidade repleta de *informações imperfeitas*, verificadas em vários graus de presença a irradiar uma série de efeitos às relações entre agentes econômicos, demandando atuação governamental. Para ele, menos que a informação perfeita suposta tradicionalmente no modelo de concorrência perfeita, temos informação imperfeita⁷⁶.

Explicando a terminologia utilizada por Stiglitz, entendemos que, ao empregar o termo *informação imperfeita* quer significar (i) ora a simples desigualdade de repertórios entre os agentes do processo de comunicação e, outrossim, (ii) a detenção de dados equivocados da realidade das variáveis e fatores dos mercados. Assim, temos a *informação imperfeita* como gênero e a *assimetria de informação* (repertórios) e *informação equivocada* como espécies.

Adotamos, em contrapartida, o termo *assimetria de informação* para significar tanto o desequilíbrio de repertórios quanto a detenção de dados equivocados da realidade, isto é, enquanto sinônimo do termo *informações imperfeitas* para Stiglitz, pois, seja pela incompletude ou pela equivocidade, a informação será imperfeita, resultando em última análise, numa visão relacional, em assimetria de informação.

75 In Lei de proteção da concorrência – comentários à legislação antitruste, p.4.

76 “Recently another flaw in the model of perfect competition has come to the fore: its assumption that market participants have full information about the goods being bought and sold. Economists describe such a situation by saying there is perfect information. Less-than-perfect information is called imperfect information. By incorporating imperfect information into their models of the economy, economists have come along way in closing the gap between the real world and the world depicted by the perfect competition, perfect model (...).” (sic.) In Economics, p.493.

Mas, ressalta-se, o simples fato de indivíduos e firmas não serem perfeitamente bem informadas, por si só, não reflete a crítica ao modelo competitivo (da concorrência perfeita), tal como o fato dos mercados não serem perfeitamente competitivos não fundamenta, de igual maneira, a crítica ao referido modelo. Não configuram argumentos necessários para que descartemos o modelo. Segundo Stiglitz, as questões são: *há algum importante fenômeno econômico que pode unicamente ser explicado pela presença de informações imperfeitas? Há importantes previsões do modelo que são incorretas, como pressupostos de firmas e consumidores bem informados? Há, em outras palavras, instâncias relevantes em que o modelo torna-se incompleto ou desvirtuado?*⁷⁷ Acrescentando, o autor alega que após as duas últimas décadas, economistas passaram a acreditar que a resposta a tais indagações é afirmativa.

Vistos assim os conceitos do fenômeno da assimetria de informações e seus reflexos inicialmente notados no modelo econômico de mercado perfeitamente competitivo, observemos agora um dos principais efeitos do crescimento do grau de assimetria informacional nos mercados e como se reagiu para manter o equilíbrio das relações mercadológicas.

5.2. Mecanismos de mercado de equilíbrio de informação:

Mercados acometidos por elevados graus de assimetria de informação nas relações entre seus agentes estão provavelmente direcionados à inexistência, posto que o número de compradores e vendedores reduz-se com o crescimento dos efeitos da seleção adversa e do risco moral. Stiglitz⁷⁸ nos

77 “The fact that individuals and firms are not perfectly well-informed is, by itself, not necessarily a telling criticism of the competitive model, just as the criticism that markets are not perfectly competitive does not necessarily cause us to discard the model. The question is: are there important economic phenomena that can be only explained by taking into account these imperfections of information? Are there important predictions of the model that are incorrect, as a result of assumptions concerning well-informed consumers and firms? Are there, in other words, important instances in which the model is either incomplete or misleading? (...) over the past two decades, economists have come to believe that the answer to these questions is yes.” Ibid., p.495.

78 “One of the consequences of asymmetric information is that there may be relatively few buyers and sellers, far fewer than there would be with perfect information. Economists use the term thin to describe markets in which there are relatively few buyers and sellers. In some situations, a market may be so thin as to be essentially nonexistent; economists call such a market incomplete.” (sic.), Ibid., mesma p.

ensina que economistas usam do termo “*thin*” (delgado) para descrever mercados nos quais esteja presente um número relativamente pequeno de compradores e vendedores. Outrossim, em algumas ocasiões, um mercado pode ser tão delgado que é tido por inexistente; ao qual atribui-se o adjetivo “*incomplete*”.

Estes segmentos necessitam de mecanismos intermediários com funções de equilibrar as informações entre seus agentes, para que tenham efetivamente relações de mercado, não deixando com que padeçam à inexistência. “*Brokers*”, ***sinalização de qualidade/credibilidade, publicidade e propaganda*** representam mecanismos hábeis a reduzir e até mesmo sanar assimetrias de informação em mercados deste gênero.

Conforme a revista norte-americana *Consumer Reports*⁷⁹, um “*broker*” (ou agente, corretor, intermediário) é aquele que arranja contratos entre duas partes. De tempos antigos, notamos a presença de “*brokers*”, por exemplo, em questões matrimoniais, mercado de ações e mercado de automóveis (tanto novos quanto usados). Segundo Stiglitz⁸⁰, o trabalho do “*broker*” só existe em decorrência das imperfeições de informação. Mas, por que as pessoas não buscam as informações e não realizam diretamente os negócios, v.g., para arrumar um cônjuge, para comprar ações ou carros? Para o economista, o problema mais óbvio é que há, nos mercados, muitas e diferentes variáveis disponíveis, sendo que, gasta-se muito em tempo, energia e dinheiro para se coletar as principais informações e tomar uma decisão bem informada.

Outro mecanismo voltado a sanar a informação é a ***sinalização de qualidade/credibilidade*** do produto. Através dela, clientes e consumidores poderão creditar qualidade ao produto ou serviço, antes mesmo de adquiri-los (atua na noção *ex-ante*). Por outro lado, através da sinalização de qualidade, as firmas podem atrair mais os consumidores e clientes expressando a oferta de produtos e serviços de melhor qualidade.

Há uma premissa básica que norteia a sinalização de qualidade: “ações falam mais alto que palavras”⁸¹. Dessa forma, depreendemos que a sina-

79 “A better way to buy a car?”, *Consumer Reports*, September 1989, Apud, Joseph E. Stiglitz, in *Economics*, p.501.

80 “In every case, though, a broker is someone whose job exists only because of imperfect information. (...) The obvious problem is that many different variables are available, and it costs time and energy and money to collect the information to make an informed decision.” *Economics*, p.501.

81 “There is a simple principle: actions speak louder than words.” (sic.), *Ibid.*, p.498.

lização de qualidade é efetivada por *ações* das firmas cujo objetivo é atribuir noção de qualidade e credibilidade aos seus produtos, como conferir garantias relativamente extensas aos usuários dos produtos ou serviços e/ou relacioná-los a marcas munidas de “reputação” no mercado.

A reputação tem um papel extremamente importante na promoção de incentivos nas economias de mercado. Representa na verdade uma forma de garantia e faz com que as firmas estabeleçam um compromisso de qualidade para com os clientes e consumidores.

Demais disso, numa visão complementar do fator *reputação*, crê-se que os mercados com informações imperfeitas diferem-se dos mercados com informações perfeitas pelos efeitos da competição no estabelecimento do preço dos “bens”. Nos mercados competitivos com informações perfeitas, a concorrência dirige os preços a baixo do custo marginal, ao passo que, nos mercados em que a qualidade é mantida de acordo com mecanismo de *reputação*, sendo competitivos ou não, o preço deve permanecer acima do custo marginal.⁸²

Ainda no aspecto da *reputação*, temos que, enquanto o mecanismo da reputação opera no sentido de manter os preços acima dos custos, sendo competitivo ou não, nos mercados em que a reputação seja importante a concorrência é freqüentemente bastante imperfeita. Assim, a necessidade de estabelecer *reputação* age como importante barreira à entrada, limitando o grau de concorrência em dadas indústrias. Esta afirmação reflete-se na premissa de que ofertando um produto de uma firma estabelecida com uma boa reputação e um produto de um entrante sem reputação, *pelo mesmo preço*, o consumidor irá normalmente optar pelo bem advindo da firma com reputação.⁸³

Entrar no mercado sob estas condições torna-se uma tarefa extremamente cara, posto que as firmas têm de gastar quantia considerável de dinheiro para estabelecerem-se com marcas fortes e reputação.

A reputação, as garantias e outras ações que atraiam a atenção dos consumidores à qualidade dos “bens” oferecidos no mercado podem ser veiculadas por *publicidades e propagandas*, outro mecanismo de sinalização de

82 “In competitive markets with perfect information, competition drives price down to marginal cost. In markets in which quality is maintained as the result of a reputation mechanism, whether competitive or not, price must remain above marginal cost.” Ibid., p.504.

83 “Why try a new cola drink when you know what Pepsi and Coca-Cola taste like?” Ibid., p.505.

qualidade e credibilidade. A propaganda pode representar três vertentes, com linhas divisórias tênues entre suas naturezas, podendo ser (a) informativas, (b) persuasivas e (c) enganosas.

No primeiro caso, a propaganda tem importante função econômica de veicular relevantes informações sobre quais escolhas (preço, localização, garantias, facilidades, características etc.) estão disponíveis no mercado. No segundo caso, a propaganda tem função de persuadir o consumidor a experimentar dado “bem” ou persuadi-lo a cativar-se a dado produto ou serviço em função de sua qualidade (v.g., publicidade de cigarros e bebidas). No terceiro caso, a propaganda tem a função de distorcer a realidade com vistas a confundir os consumidores e clientes sobre produtos e serviços ofertados no mercado (v.g., atribuindo-lhe características e atribuições de função inexistentes), fazendo-os crer que dois produtos idênticos, na realidade, são completamente diferentes.

No caso desta última modalidade de propaganda, a mudança na curva da demanda pode resultar em prática anticompetitiva, objeto da tutela do Estado por meio das autoridades de defesa da concorrência.

É bom lembrarmos que a publicidade tem uma função importante nas estratégias competitivas das firmas, da feita que, se bem sucedida, pode alterar a curva da demanda do mercado para seus produtos e/ou serviços.

Tendo até aqui conferido os primeiros efeitos gerais da assimetria de informação notados no modelo de mercado perfeitamente competitivo e seus primeiros reflexos concretos nas relações de mercado, de modo a demandar a intervenção de mecanismos de equilíbrio para viabilizar a manutenção da existência dos setores acometidos por altos graus desse fenômeno, vejamos agora como o desequilíbrio informacional pode afetar o setor específico da economia nacional de assistência suplementar à saúde.

5.3 Assistência suplementar à saúde (regulação geral):

Partindo de uma regulamentação superficial, o Estado buscou estabelecer regulação no setor de assistência suplementar à saúde, entendido como o que compreende as modalidades de assistência médica que vinculam o acesso do usuário ao sistema ao pagamento de um plano ou seguro de saúde, independentemente da contribuição compulsória desse usuário à seguridade social, ou seja, envolvendo toda a assistência à saúde que não integrasse o Sistema Único de Saúde (SUS).

As várias modalidades de assistência médica suplementar combinam a função de seguro com a de prestação de serviços de atenção médica. E in-

cluem, como principais formas institucionais, a medicina de grupo, as cooperativas médicas, os planos próprios das empresas (autogestão e planos administrados) e os seguros de saúde.

Promulgou-se algumas leis para iniciar a regulamentação do setor e criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para implantar o processo de regulação do setor e monitorá-lo.

Antes, porém, de adentrar na específica atividade de regulação setorial da ANS, vejamos algo da regulação geral que, agregado à atividade da ANS, contribui para a redução do grau de assimetria de informações no setor.

Nesse plano, o Estado, no âmbito da regulação geral, deve tomar para si a função de informador e fiscal das relações entre firmas e consumidores, de modo a assegurar o equilíbrio das informações e das forças entre esses dois agentes de mercado. Em seu papel de informador, deverá se voltar notadamente ao consumidor informando-lhe dos direitos e das peculiaridades do setor; estabelecendo assim uma constante interface com a regulação setorial, levada a efeito pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para tanto, o Estado se vale do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), composto pelas entidades: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ); Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); Programas de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCONS); Delegacias do Consumidor (DECONS); Comissões Permanentes de Defesa do Consumidor (COMDECONS) ligadas às Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores.

Complementando os quadros do SNDC, iniciativas de defesa dos consumidores por parte de entidades civis (como o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC) passam a exercer atividades de informação e fiscalização das relações entre firmas e consumidores no sentido de buscar compensar a assimetria entre tais agentes no mercado de assistência suplementar à saúde.

Uma característica importante do SNDC é a horizontalidade das relações entre os órgãos que o compõem. Os PROCONS são organismos autônomos, não estão submetidos a uma hierarquia, e têm a atribuição precípua de zelar pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor; a ausência de hierarquia traduz-se em atribuições compartilhadas entre estes órgãos.

Deste modo, cabe ao DPDC, e aos PROCONS estaduais e municipais: (1) apurar denúncias apresentadas por entidades representativas, pessoas jurídicas ou por consumidores individuais; (2) **informar e orientar os consumidores sobre seus direitos e garantias**; (3) solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, e repre-

sentar junto ao Ministério Público competente; (4) fiscalizar as relações de consumo e aplicar sanções administrativas⁸⁴.

Com atuação análoga aos mecanismos de mercado de equilíbrio de informação, o Estado, de forma concorrente à regulação setorial, passa exercer a *sinalização e controle de qualidade* dos produtos e serviços ofertados aos consumidores, de modo que, em sentido amplo e ainda no espectro da regulação geral, acabam por integrar o SNDC órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios responsáveis pela fiscalização e pelo controle de qualidade, produção, industrialização, distribuição e publicidade, tais como o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (IPEM), o Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) etc.

Por esse viés, agindo de forma coordenada e no cumprimento de suas atribuições, tais órgãos responsáveis pelo monitoramento e pela prestação de informações no âmbito da regulação geral (v.g., os PROCONS⁸⁵), acabam

84 Lúgia Giovanella e outros: “Além dessas atribuições concorrentes – mas que não competem entre si –, cabe aos Procons, estaduais e municipais, a formular e executar a política de proteção e defesa do consumidor, no âmbito de suas competências, e atender os consumidores. Entre as penalidades administrativas, compete aos Procons, no que se refere aos planos de saúde, aplicar multas e cassar o registro do produto junto ao órgão competente. As penalidades arroladas no Decreto n.º 2.181 - Art. 18 - são: multa; apreensão e/ou inutilização de produto; cassação de registro do produto junto ao órgão competente; revogação da concessão; cassação de licença do estabelecimento; suspensão temporária de atividades; interdição; intervenção administrativa; imposição de contrapropaganda.”, in Defesa dos consumidores e regulação dos planos de saúde, p.160/161.

85 “É atribuição de todos os Procons, estaduais e municipais, elaborar e publicar, anualmente, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços (Obrigação definida no artigo 44 da Lei nº8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). E remeter cópia do mesmo ao DPDC; cabe a esse órgão elaborar, e publicar, o Cadastro Nacional, a reunir todas as reclamações feitas aos órgãos públicos de proteção e defesa de consumidores, em todo o país.

Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados, na legislação, instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores. Compete aos órgãos públicos assegurar-lhes publicidade, confiabilidade e continuidade. O cadastro corresponderia à consolidação dos registros – feitos pelo órgão público de defesa do consumidor – de todas as reclamações fundamentadas. Ou seja, o cadastro é o conjunto de notícias de lesão, ou ameaças, ao direito do consumidor, analisadas por órgão público de defesa do consumidor, e consideradas procedentes, por decisão definitiva.

por contribuir para com os reguladores setoriais, no caso a ANS, auxiliando-os na decodificação precisa do setor e no teste de efetividade de estratégias implantadas, funcionando, em síntese, como instrumentos de medição de “*feed backs*” do objeto regulado. Isto quer dizer, no setor em apreço: contribuem para a redução da assimetria de informação presente na relação entre o Estado e o setor de assistência suplementar à saúde (envolvendo as firmas e consumidores), cerne da apreensão do objeto a ser regulado.

É importante acrescentar que a diferença dos métodos e códigos utilizados na coleta de informações é um problema que atinge a regulação, posto que acaba por inviabilizar a confecção de um cadastro unificado que reflita a realidade do setor, ou em outras palavras, represente uma fonte fidedigna de informações, apta a equilibrar os repertórios do Estado para com os agentes econômicos do setor de assistência suplementar à saúde. Frente a essa situação:

“Com o objetivo de facilitar a elaboração do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, definido em lei, o DPDC, em 1999 acordou – em reunião nacional com os Procons – haver a necessidade de alcançar a harmonia de conceitos, critérios e procedimentos no acolhimento de reclamações. Esta harmonia é imprescindível para se conseguir superar as dificuldades de construção de um Cadastro Nacional. E as dificuldades decorrem da heterogeneidade de procedimentos para se processarem as reclamações, e da ausência de uniformidade de critérios e códigos de classificação usados na elaboração dos relatórios e cadastros de fornecedores, pelos Procons.”⁸⁶ (destacamos).

Como um exemplo de importância desses mecanismos de coleta de informações, constatou-se que as reclamações junto aos PROCONS têm ori-

Os cadastros devem ser sempre atualizados, e divulgados a cada ano. E não podem conter informações negativas sobre fornecedores por um período superior a cinco anos. Para a maioria dos Procons, a obrigação de manter cadastros atualizados traduz-se na divulgação de relatórios anuais de reclamações; esses relatórios contêm as listas dos fornecedores contra os quais registraram-se reclamações procedentes, qualificadas segundo o tipo e o atendimento - ou não - da queixa. É possível o acesso eletrônico ao Cadastro de Fornecedores elaborado pelo Procon-PR. O Procon-SP oferece, por telefone, consulta ao Cadastro de Fornecedores, e, assim, municia consumidores com informações sobre empresas contra as quais houve reclamações fundamentadas nos últimos cinco anos.” Ibid., p.165/166. (destacamos).

86 Ibid., p.166.

gem principalmente nos contratos individuais de planos de saúde⁸⁷, *i.e.*, nas relações entre consumidores e firmas prestadoras de serviços suplementares à saúde. Esta situação decorre essencialmente da presença de informações assimétricas no pólo dos consumidores, os quais acabam por assinar contratos com risco excessivo (do não atendimento de suas necessidades) e pouca cobertura (abrangência dos serviços contratados de assistência suplementar à saúde).

É o que podemos observar de pesquisa realizada junto aos PROCONS do Estado do Paraná⁸⁸. No transcorrer do ano de 1999, o Procon estadual do Paraná, realizou 72.987 atendimentos a consumidores. Deste total, 5,8% (4.216) referiam-se à área da saúde; 80% destas solicitações de informação e reclamações diziam respeito a operadoras de planos e seguros saúde.⁸⁹

Atendimentos realizados por área, Procon/PR - 1999

Área	n.º	%
atendimentos		
Serviços	22.718	31,15%
Assuntos financeiros	15.599	21,40%
Produtos	12.386	16,97%
Habitação	8.034	11,00%
Saúde	4.216	5,77%
Consórcios	2.849	3,90%
Alimentos	595	0,80%
Extra Procon	6.590	9,01%
Total	72.987	100,00

Fonte: Procon-PR; <http://celepar.br/proconpr>

Dessas reclamações, a principal é relacionada aos contratos, seguida de questões informacionais sobre suas disposições e abrangências:

87 “As reclamações junto aos Procons têm origem, principalmente em consumidores de planos de saúde individuais. No caso de planos de pessoa jurídica, a atuação dos Procons é mais limitada, pois os contratos são estabelecidos, e as negociações realizadas, entre a pessoa jurídica – empresa empregadora – e a operadora de planos de saúde.” *Ibid.*, p.168.

88 Optou-se por abordar dados do Estado do Paraná, pois foi o único que apresentou maiores e mais sistematizadas informações sobre o setor de assistência suplementar à saúde.

89 in Defesa dos consumidores e regulação dos planos de saúde, p.171.

Escala dos cinco (5) motivos mais freqüentes, relativos a operadoras de planos e seguros de saúde, Procon/PR, 1997-1999

Problema	1997	1998	1999
Contrato (não cumprimento/rescisão)	(1.º) 980	(1.º) 1.097	(1.º) 1.320
Dúvida sobre cobrança	-	(4.º) 232	(2.º) 587
Reajuste	(2.º) 603	(3.º) 394	(3.º) 399
Prazo de carência	(3.º) 150	(2.º) 417	(4.º) 336
Substituição/alteração do plano	-	-	(5.º) 229
Danos causados ao consumidor	(4.º) 47	-	-
Recusa/mau atendimento	(5.º) 70	(5.º) 150	-
Total de atendimentos - operadoras*	2.138	2.653	3.383
Total de atendimentos - área da saúde	2.683	3.530	4.216
Total de atendimentos Procon-PR	60.093	67.362	72.987

*total de atendimentos referentes a operadoras de planos e seguros de saúde no ano

Fonte: Procon/PR, elaboração própria com base em dados disponíveis em <http://calepar.br/proconpr>

Assim, tendo em vista que os principais problemas decorrem de posse de informações assimétricas por parte dos consumidores contratantes de assistência suplementar à saúde, *e.g.*, dúvidas sobre peculiaridades sobre os contratos como cobrança, reajustes, ressarcimento de despesas e não pagamento de sinistros⁹⁰, pode uma ação de informação levada a efeito pelo Estado reduzir esse foco de problemas no âmbito geral da regulação, refletindo benesses ao mercado incumbido de regulação setorial.

Entretanto, ressalta-se, o monitoramento e a prestação das informações da regulação geral necessita da complementação e enriquecimento de conteúdo das estratégias e reflexões contextuais imanentes à regulação setorial. Refletindo sobre os dados colhidos junto à dinâmica do setor pelos órgãos de regulação geral, a ANS deve apreender o setor e traçar-lhe estratégias regulatórias acopladas a sua realidade. No próximo item veremos um pouco das características da regulação setorial de assistência suplementar à saúde explorando alguns de seus problemas e êxitos alcançados.

90 “Os motivos mais freqüentes de reclamações registradas, nos últimos cinco anos – seguindo, em parte, aqueles dos atendimentos – diziam respeito a contratos, dúvidas sobre cobrança, reajustes, ressarcimento de despesas e não-pagamento de sinistro. É interessante observar que preocupações quanto a prazos de carência não tiveram tradução em reclamações específicas. Talvez isso se deva à existência de regras claras, definidas pela Lei 9.656, que permitem a solução do problema por meio de simples esclarecimento. Outra possibilidade é o registro deste tipo de reclamação estar sendo feito sob outra rubrica, como aquela relativa aos contratos, abrangente em demasia.” Ibid., p.172.

5.4. Assistência suplementar à saúde (regulação setorial):

A atividade de saúde é um setor produtivo responsável pela geração e pela circulação de valores tão expressivos quanto limitadamente conhecidos. A produção de informações detalhadas sobre a estrutura, a distribuição e a evolução destes valores é fundamental para a tomada de decisões, a formulação e o acompanhamento de políticas públicas no setor.

Estas informações assumem um caráter ainda mais relevante em situações de restrição de recursos – como nos países menos desenvolvidos e, em particular, no Brasil –, quando as mesmas podem ser imprescindíveis à melhoria da gestão e da regulação estatal do setor de assistência suplementar à saúde.

George Edward Kornis (Economista, Professor Adjunto do Instituto de Medicina Social da UERJ) e Rosângela Caetano (Médica, Pesquisadora Associada do Instituto de Medicina Social da UERJ), nos ensinam que:

“A expansão e o impacto das recentes iniciativas do governo, no sentido de regulamentar o segmento de assistência médica suplementar – desencadeadas a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, e das várias medidas provisórias e resoluções subsequentes – tornam imperiosa a necessidade de se ampliarem os conhecimentos sobre a estrutura produtiva e sobre a dinâmica desse segmento. Assim será possível subsidiar as iniciativas, do Ministério da Saúde, de acompanhamento e regulação das instituições a atuarem nesse campo da assistência.”⁹¹

A razão para cautela do Estado com relação ao desenvolvimento de sistemas de acompanhamento e regulação do funcionamento das entidades de assistência médica privada no Brasil, além de atender a uma determinação legal, disposta na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080 de 19 de setembro de 1990), está diretamente relacionada com o peso dos gastos relativos aos cuidados de saúde no orçamento das famílias brasileiras. Isto é, antes de tudo, representa uma questão de economia popular, protegida constitucionalmente.

Segundo a última Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) realizada no Brasil (IBGE, 1999), o gasto médio mensal das famílias, com "assis-

91 in Dimensão e estrutura da assistência médica suplementar no Brasil, p.35/36.

tência à saúde"⁹² representou, no período de outubro de 1995 a setembro de 1996, 6,5% do total dos gastos, conforme exposto na Tabela, abaixo:

GASTO MÉDIO MENSAL DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS (%)											
Classes de rendimento mensal (salário mínimo)											
Tipos de Despesa	Total	Até 2	Mais de 2 a 3	Mais de 3 a 5	Mais de 5 a 6	Mais de 6 a 8	Mais de 8 a 10	Mais de 10 a 15	Mais de 15 a 20	Mais de 20 a 30	Mais de 30
Desembolso global	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	99,99	99,99
Despesas correntes	81,26	95,05	92,90	91,56	91,25	88,32	86,67	85,17	84,28	80,19	74,58
Despesas de consumo	71,14	93,07	89,95	87,58	85,45	82,29	80,18	78,09	76,60	71,40	59,59
Alimentação	16,61	32,29	33,39	29,48	26,07	24,34	21,86	18,9	16,2	16,23	10,26
Habituação	20,51	25,64	23,73	24,19	24,78	22,96	22,58	22,69	20,2	19,92	17,8
Vestuário	4,7	5,27	5,48	5,73	5,84	5,66	5,72	5,7	5,29	4,25	3,83
Transporte	9,81	8,85	9,29	10,65	10,15	10,73	10,41	10,53	11,19	10,25	8,85
Higiene e cuidados pessoais	1,35	1,94	1,88	2,04	2,2	1,91	1,77	1,58	1,35	1,48	0,89
Assistência à Saúde	6,5	9,59	7,29	6,65	6,54	6,57	7,04	6,84	7,55	9,76	5,8
Educação	3,46	1,38	1,51	1,75	2,25	2,05	2,25	3,19	4,06	4,56	3,95
Recreação e cultura	2,51	1,49	1,21	1,64	2,13	2,34	2,36	2,72	2,89	2,54	2,66
Fumo	1	2,81	2,53	2,1	1,72	1,84	1,79	1,2	1,16	0,68	0,41
Serviços Pessoais	1,16	1,06	1,27	1,12	1,11	1,22	1,25	1,28	1,39	1,13	1,07

92 Nos grandes grupos de despesa de consumo, publicados pela POF, para o conjunto da população, os gastos com saúde só foram suplantados pelos gastos das famílias com "alimentação" (16,61%), "habitação" (20,51%), "transporte" (9,81%) e "outras despesas correntes" (10,12%). Assim, os gastos das famílias brasileiras com cuidados de saúde superam as despesas com vestuário (4,7%), higiene e cuidados pessoais (1,35%), educação (3,46%), recreação e cultura (2,51%), fumo (1%), serviços pessoais de beleza (1,16%) e despesas diversas (3,51%).

Despesas diversas	3,51	2,24	2,37	2,24	2,66	2,66	3,14	3,46	3,32	3,6	4,07
Outras despesas concorrentes	10,12	1,98	2,95	3,98	5,8	6,03	6,49	7,08	7,68	8,79	15
Aumento do ativo	16,92	4,47	6,15	7,6	8,22	10,63	12,31	12,87	14,1	17,89	23,05
Diminuição do passivo	1,82	0,48	0,95	0,84	0,53	1,05	1,03	1,96	1,62	1,91	2,36

Fonte: IBGE. *Diretoria de Pesquisa, Departamento de Índice de Preços. Pesquisas de Orçamento Familiares: 1995-1996.*

Obs.: Os itens classificados como gastos com "assistência à saúde" incluem tanto as despesas com pagamento de planos de saúde (1,89%) quanto aquelas com medicamentos (1,89%), tratamento dentário (0,97%), consulta médica (0,26%), hospitalização (0,16%), óculos e lentes (0,17%) e outras (1,18%).

Para George E. Kornis e Rosângela Caetano, um conhecimento minucioso, e uma mensuração criteriosa das relações e dos fluxos monetários afeitos ao segmento da assistência médica suplementar são necessários para o Estado poder melhor acompanhar e regular as atividades e o funcionamento desse "subsetor".⁹³ O que, em outras palavras, pode ser expresso por um equilíbrio de informações por parte das Autoridades com vistas a compreender de modo a empregar-lhe mecanismos efetivos de regulação.

Dessa forma, antes de vislumbrar estabelecer metas estratégicas ao setor, deve o Estado decodificar sua realidade, valendo-se para tanto de mecanismos de equilíbrio de informação. Concebem-se assim dois passos à consecução da regulação neste setor, quais sejam: (a) a decodificação e compreensão do setor pelo Estado, e (b) o estabelecimento de estratégias regulatórias para sanar a assimetria de informações entre as firmas e os consumidores do setor.

"A eficácia dos mecanismos de regulação depende, em primeiro lugar, do conhecimento do próprio objeto a ser regulado. No caso brasileiro, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – criada através da Medida Provisória nº 1928, de 25/11/1999, para re-

93 In Dimensão e estrutura (...), p.35/36.

gumentar a atuação dos planos de saúde – defronta-se com uma limitação que somente poderá ser superada ao longo dos próximos anos.

(...)

Esta limitação – a falta de informações públicas, coerentes e comparáveis, sobre o volume de recursos financeiros que as empresas sob a jurisdição da ANS movimentam, anualmente – impede que se conheça, com clareza, o peso do segmento de saúde suplementar na economia brasileira. Essa realidade patente quando se observa que o Sistema de Contas Nacionais, elaborado pelo IBGE agrega o setor de saúde mercantil ao de educação mercantil e, assim, inviabiliza mensurações, em separado, de cada um desses setores e, ainda mais, dos segmentos que os compõem (IBGE, 1997a, 1997b, 1998, 1999a e 1999b).”⁹⁴ (destacamos).

Para o conhecimento do objeto regulado e também para o teste de efetividade de aplicação das medidas regulatórias, propõe-se o estabelecimento/otimização de alguns mecanismos como: (i) Sistema de Contas Nacionais (SNC) para a área da saúde⁹⁵; (ii) Sistema de Coleta de Informações das diversas possíveis fontes (oficiais e não-oficiais) de informação do setor⁹⁶; (iii)

94 George E. Kornis e Rosângela Caetano, in *Dimensão e Estrutura da Assistência Médica Suplementar no Brasil*, p.45.

95 “A elaboração de Contas Nacionais para a área de Saúde é uma forma privilegiada de obtenção de informações sobre esse subsetor. Isto porque as Contas Nacionais permitem conhecer as dimensões macroeconômicas do sistema de saúde bem como a de seus vários subcomponentes, como é o caso da assistência médica suplementar. E fornecem uma visão geral tanto sobre a origem e o volume dos fluxos financeiros relacionados com as atividades de saúde, quanto sobre o destino e o uso detalhado dos recursos. Além disso, informam sobre os fluxos dos recursos financeiros no setor.

Essa metodologia possibilita, ainda, a identificação de um conjunto de lacunas de informações necessárias ao acompanhamento da evolução econômica do subsetor, ao longo dos anos. E a superação dessas lacunas poderá contribuir para o aperfeiçoamento e a harmonização do sistema estatístico do país e para a produção regular das informações essenciais ao acompanhamento e à regulação da assistência médica suplementar, no Brasil.” In *Dimensão e estrutura econômica da assistência médica suplementar à saúde*, p.36/38.

96 “As principais fontes de dados e informações sobre o subsetor são: (1) informações oferecidas pelas entidades representativas das diferentes modalidades deste tipo

mecanismos legais de prestação de informações pelos agentes econômicos do setor⁹⁷; (iv) procedimentos participativos de interface entre regulação geral e setorial para coleta de dados e equilíbrio de informações⁹⁸.

de assistência (ABRAMGE; CONAMGE; SINAMGE; UNIMED do Brasil; FENA-SEG; ABRASPE; CIEFAS); (2) dados do Ministério da Saúde (DATASUS; Departamento de Medicina Suplementar; Agência Nacional de Saúde Suplementar); (3) dados do Ministério da Fazenda (Superintendência de Seguros Privados/SUSEP); (4) dados do IBGE (Assistência Médico-Sanitária; Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar/PNAD; Pesquisa de Orçamento Familiar/POF; Índice de Preços ao Consumidor Ampliado/IPCA; Sistema de Contas Nacionais; Contas Regionais do Brasil; Matrizes de Insumo-Produto); (5) Conselho Nacional de Saúde; (6) Conselho Federal de Medicina (CFM); (7) Federação Nacional dos Médicos; (8) Conferência Nacional de Saúde; (8) Federação Nacional de Estabelecimentos e Serviços de Saúde; (9) Federação Brasileira de Hospitais (FBH); e, (10) Associação Médica Brasileira (AMB).

Os dados dessas fontes estão dispersos e apresentam discrepâncias significativas, para um mesmo ano; esse fato, aliado à inexistência de dados das mesmas fontes, para todos os anos, torna muito difícil comparar as informações. Os dados oriundos de fontes oficiais – como os dos Ministérios da Saúde, da Fazenda e do IBGE (PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) – são relativamente limitados, tanto em quantidade como em abrangência de conteúdo, pouco sistematizados e apresentam, ainda, descontinuidades temporais.

A maioria das informações é produzida pelas empresas a integrarem o mercado, seja por meio de suas entidades representativas, seja através de firmas privadas de consultoria, contratadas pelas operadoras de planos e seguros. É difícil confrontar estes dados e informações com os de outras fontes, e isso lhes reduz a confiabilidade. Do mesmo modo que nas fontes oficiais, identificam-se tanto divergências entre os dados das várias entidades, quanto a lacunas e descontinuidades, a restringirem a possibilidade de construção de séries temporais, necessárias à elaboração de análises menos limitadas.” In *Dimensões e estrutura (...)*, p.47.

97 A Lei 9.656/98, que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde – já alterada, de acordo com os artigos da Medida Provisória n.º 1908-16, de 28 de julho de 1999 de 1999, representou um importante passo para delimitar o âmbito do plano de saúde como o da prestação continuada de serviços com a finalidade de garantir, sem restrições financeiras, assistência médica às famílias (Lei 9.656, Art. 11).

O artigo 8º da Lei 9.656 em seu inciso VI, impõe aos planos de saúde a obrigação de constituírem reservas técnicas para atuarem no ramo. “Esse fator vem permitindo a criação, pela ANS, de um sistema de informações econômico-financeiras sobre a assistência médica suplementar, sistema capaz de subsidiar essa Agência em seu processo de regulação e monitoramento. O mesmo Art. 8º da Lei 9.656 também contribui para a padronização das informações sobre o segmento, ao exigir, nos incisos I,

II, III, IV e V, que todas as operadoras tenham uma rede credenciada de hospitais e médicos; tal exigência não era feita às empresas de seguro até a edição dessa Lei. Assim, as operadoras (seguradoras e medicina de grupo, principalmente) passarão a atuar da mesma forma, isto é, como administradoras de planos de saúde.” (in Dimensão e estrutura ..., p.48/49).

A Lei n.º 9.656/98 ressalta a importância da participação do setor de assistência suplementar no saneamento do sistema de saúde nacional. Nesta seção, estão relacionados os artigos 19, 20 e 32 da Lei n.º 9.656/98, que tratam das informações a serem fornecidas ao órgão regulador e do ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao SUS, como forma de contribuição para a equidade do sistema e para a melhoria da gestão dos recursos assistências.

98 “Câmaras setoriais e conselhos consultivos - A proposta é reunir, periodicamente, representantes das diferentes categorias de interessados em um campo de política pública, com o intuito de discutir premissas, agendas e resultados. As grandes vantagens dessa prática são a constituição de um espaço de encontro entre os diferentes agentes do processo, a criação da possibilidade de uma maior negociação de agendas e a construção de convergência de interesses, especialmente na periferia informal do mercado. Um problema dessa forma de participação é o pouco tempo para a reunião formal, que leva os assuntos a serem discutidos de forma superficial e as reuniões a se tornarem enfadonhas, e assim desestimula a participação dos agentes titulares. Outra limitação se relaciona à seleção das categorias de investidores (stakeholders) e de seus representantes. Assim, o aproveitamento será tanto melhor quanto maior for o cuidado na formação de agendas e pautas, e mais cuidadosa a seleção dos participantes. Recomenda-se, sempre, reservar espaços para entendimentos fora da pauta formal.

Ouvidoria - Processos de ouvidoria, através de balcões e de diversas mídias, apresentam grande capilaridade, e permitem maior inclusão do público, e têm muita relevância para a ANS. O desafio maior da Ouvidoria consiste no tratamento sistemático das críticas e contribuições, de modo a torná-las conseqüentes. É recomendável apresentar-se, publicamente, o resultado dessas contribuições, como um meio de se fomentar a participação.

Fóruns virtuais de discussão - São uma imagem invertida dos fóruns reais, apreciados anteriormente. Ainda que não ofereçam a oportunidade do encontro e da articulação informais, são vantajosos para a construção e a captação de contribuições, dos pontos de vista técnico ou político. Por serem ilimitados no tempo, alcançam públicos mais amplos do que os das câmaras e conselhos. São mais efetivos quando informados por relatórios de desempenho e análises de custo e benefício, produzidos pelas agências, pelos entes regulados e por outros investidores mais diretamente envolvidos nos fóruns de deliberação e nos processos presenciais de discussão. Em alguns países, a produção de relatórios de auto-avaliação, e a apresentação dos mesmos para discussão, constitui obrigação legal das agências. Os investidores podem ser incentivados a produzir relatórios e, em algumas situações, os entes sob regulação serem obrigados a

Através do caminho da coleta e sistematização de informações, em primeiro plano pelo Estado, busca-se definir corretamente o setor de assistência suplementar à saúde bem como suas fronteiras e áreas voltadas a ser atendidas ora pela regulação geral e ora pela regulação setorial ou, de forma concorrente/concomitante, pelas duas modalidades de regulação.

“No Brasil, o segmento da assistência médica suplementar compreende um conjunto de receitas e despesas de agentes – públicos e privados –, cuja natureza é complexa e heterogênea. O setor envolve interesses contraditórios e alcança valores monetários cuja magnitude é difícil avaliar, principalmente porque as informações existentes são, em geral, incompletas.

(...)

Uma melhor compreensão da complexidade e da heterogeneidade desses interesses pode resultar do detalhamento das várias modalidades assistenciais a constituírem esse segmento de saúde.

(...)

*A impossibilidade de identificar, no interior do agregado, o peso específico da saúde mercantil não permite que as informações sobre o setor saúde, fornecidas pelas Contas Nacionais, provejam os meios para se dimensionar o subsetor da assistência médica suplementar do Brasil. **Assim, o levantamento das fontes de dados oficiais e não-oficiais sobre o subsetor reveste-se de grande importância, dada a escassez de informações – em termos quantitativos e qualitativos – sobre este segmento da assistência, no país.**”⁹⁹ (destacamos).*

declarar o impacto da regulação sobre seus negócios, e a fornecer outras informações pertinentes á mesma. Os fóruns virtuais podem ser de acesso irrestrito, ou reservados a determinados públicos.” In Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, p.149.

99 George E. Kornis e Rosângela Caetano, In Dimensões e estrutura (...), p.41/47; “Em síntese, pode-se afirmar serem dispersas as informações estatísticas existentes no Brasil sobre esse segmento, há discrepâncias entre as fontes e, conseqüentemente, baixa comparabilidade. Por um lado, isto reclama um esforço consistente de organização e produção de informações e, por outro, determina a necessidade de adaptações e desenvolvimentos metodológicos para o tratamento das informações que existem.”, p.48. Ver, no mesmo sentido, Lígia Bahia e Ana Luiza Vianna (p.9 e ss.); Nilson do

No plano das relações entre consumidores e firmas, ultrapassada a fase inicial de conhecimentos gerais do objeto a ser regulado, a atuação do regulador setorial se assemelharia aos mecanismos de mercado de equilíbrio de informação, articulando os papéis de (i) **“Broker”**; (ii) elaborador e **veiculador de publicidade e propaganda** relativas ao setor e suas peculiaridades; (iii) **senalizador de credibilidade e qualidade**, v.g., publicando cadastro nacional atualizado das firmas de planos de saúde, para que o consumidor exerça seu direito de escolher o plano suplementar de assistência à saúde que apresente menos riscos e maior credibilidade. Exercendo também o papel de mediador de conflitos entre firmas e consumidores e de educador/fiscalizador geral do setor.

A complexidade do setor de assistência suplementar à saúde reclama novas estratégias de regulação e controle, que precisam estar fundadas em conhecimentos mais sólidos sobre os diversos atores que interagem nesse segmento. Em nosso país, isto se constitui em desafio de grande envergadura.¹⁰⁰

Segundo afirmam Nilson do Rosário Costa (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), José Mendes Ribeiro (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), Pedro Luís Barros Silva (Instituto de Economia/UNICAMP), Marcos André de Melo (Departamento de Ciências Políticas/UFPe) o desenvolvimento institucional da ANS requer elevados investimentos, para se corrigirem as falhas observadas no setor de seguro de saúde brasileiro¹⁰¹. E a pouca experiência internacional de regulação de mercados pulverizados, e a acentuada assimetria de informação e baixa mobilidade de escolha dos consumidores, como se dá no Brasil, dificultam aprendizagem da regulação desse mercado.

Há, por exemplo, sérias falhas quanto ao nível de informação e entendimento do consumidor: não existe consenso sobre o que seria a conduta responsável dos planos e, com frequência só há cobertura à população de baixo risco (Banco Mundial, 1995).

Rosário Costa (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), José Mendes Ribeiro (Departamento de Planejamento da ENSP/FIOCRUZ), Pedro Luís Barros Silva (Instituto de Economia/UNICAMP), Marcos André de Melo (Departamento de Ciências Políticas/UFPe) (140).

100 Ibid., p.125.

101 Apesar de terem utilizado o termo seguro de saúde, acreditamos que os autores se referiam ao setor de assistência suplementar à saúde, de maneira geral.

Essa reação, advinda de um processo de **seleção adversa**, leva as seguradoras a oferecer serviços à população de baixo risco (essencialmente de inadimplência, e as vezes de sinistralidade) e deixa as clientelas de alto risco sem cobertura, ou dependentes do Sistema Único de Saúde. O mesmo se aplica aos segurados que sofrem de enfermidades de alto custo, ou crônicas - como as doenças mentais - a descoberto na maioria dos planos (Bahia, 1999).

“A correção das falhas de mercado, e das condutas oportunistas [risco moral], é legitimada pela falha das modalidades auto-reguladoras, através das quais as próprias empresas, ou associações de empresas, poderiam estabelecer padrões e acompanhar o desempenho. Na ausência dessa atividade auto-reguladora, as intervenções da agência reguladora têm sido orientadas para garantir o cumprimento dos contratos, a equidade nas condições de cobertura e alguma qualidade nos padrões de atenção.

A criação da ANS representa o princípio de estabelecimento de jurisprudentia reguladora da medicina de pré-pagamento, das cooperativas médicas e dos planos de empresas. Antes, planos de seguro de saúde eram objeto da jurisdição da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados). Apesar disso, em todos os segmentos persistiram as exclusões de segurados de alto risco e de tratamentos, ou diagnósticos, onerosos.”¹⁰² (destacamos).

Em sentido análogo e alertando para a questão da avaliação de desempenho das estratégias regulatórias, Anna Maria Campos (Professora Adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e Dércio Santiago Jr. (Doutorando do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro) lembram que a construção de sistemas de avaliação e controle deve ser uma meta e não um conjunto de ações a ser imposto.

“O desafio da ANS é desenvolver a capacidade de aprender com a necessidade, e, assim, é fundamental criar espaços de aprendizagem ao longo do processo. Seria aconselhável iniciar o processo com versões simples de mecanismos das diversas categorias, ao invés de se desenvolver, de imediato, sistemas de grande complexidade.”¹⁰³

102 In As agencies de regulação independentes, p.140

103 in Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, p.152.

Com muita propriedade, esses mesmos autores lembram que a atividade do regulador setorial estará sujeita a pressões desiguais dos diferentes grupos de interesse envolvidos no processo de regulação, razão pela qual deve estar apto a exercer o papel de mediador na apreensão dos “*feed backs*” e no atendimento das demandas de interesse.

“A tarefa de avaliação atrairá, sempre, a atenção de grupos de interesse. E esses grupos tentarão influenciar a escolha dos métodos de avaliação, no sentido de se atenderem suas conveniências particulares. A existência de interesses inconciliáveis torna delicada a avaliação das ações e do impacto da Agência. Para contrapor-se à tendência da avaliação vir a ser influenciada por grupos de interesse melhor organizados e com maior acesso à Agência, recomenda-se a criação de espaços para garantir-se o acesso de interesses insuficientemente organizados ou representados. A capacidade técnica da agência reguladora para lidar com as pressões dos grupos de interesse é indispensável mas não insuficiente; para tanto é preciso haver, ainda, capacidade de negociação (entre interesses representados) e de advocacia (de interesses não-representados).”¹⁰⁴

Lígia Bahia (Professora Adjunta do Núcleo de Estudos de Saúde Coletiva/UFRJ) e Ana Luiza Viana (Professora Adjunta do IMS/EURJ), por seu turno, estabelecem em termos gerais os principais objetivos a serem atingidos no setor de assistência suplementar à saúde, dado que nos auxilia a entender o cerne da questão da assimetria de informação presente na relação entre firmas e consumidores no setor de assistência suplementar à saúde.

“Em termos gerais, a regulamentação visava corrigir e atenuar as falhas do mercado, como a assimetria de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços e a seleção de riscos. A seleção dava-se da parte das empresas de planos – que preferem oferecer cobertura para os riscos menores - e, por parte de clientes, - que tendem a adquirir seguros e planos em razão de já apresentarem um problema (seleção adversa) e a consumir mais serviços em função das coberturas dos planos (risco moral ou moral hazard).”¹⁰⁵

104 Ibid., mesma p.

105 in Regulação e Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar, p.13.

Maria Angélica Fonseca de Mesquita (Gerente de Pesquisa da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS e ex-Coordenadora Geral de Regulação de Planos de Saúde do Departamento de Saúde Suplementar - DESAS/SAS/ Ministério da Saúde) e as consultoras da ANS Flávia Maria Daou Lindoso da Fonseca, Flávia Costa Figueiredo e Rosemaire Aparecida Silva, tratando da assimetria de informação presente na relação entre Estado e consumidores, acreditam que o desconhecimento da situação de saúde da população assistida pelas operadoras agrava ainda mais a situação. Há pouquíssima, ou quase nenhuma, informação, seja no âmbito público ou privado, sobre o perfil epidemiológico e o atendimento prestado aos consumidores de planos de saúde.

Para elas, a despeito do inegável esforço despendido pelo Ministério da Saúde - no sentido de criar e de modernizar sistemas de informações adequados ao controle da gestão e à organização dos recursos públicos - ainda são muitas as carências. E grandes as dificuldades de se obter dados, notadamente quando as fontes são empresas privadas.

“Em algumas cidades do Brasil, a população vinculada a planos de saúde já é maioria. Em todo o País, o segmento suplementar e privado de assistência é responsável pela saúde de aproximadamente 30 milhões de pessoas à margem do controle de gestores municipais e estaduais de saúde.

A equidade do sistema público fica comprometida não só pela desordem na destinação de recursos e pela escassez de informações, como pelas irregularidades e pela baixa integração dos sistemas público e privado. A solução para a ineficiência resultante depende pouco da ação assistencial de provedores e gestores e mais das políticas integradoras de organização dos sistemas público e privado, em cada município, que vierem a ser estabelecidas e implementadas.”¹⁰⁶ (destacamos).

Visto estes pontos, podemos concluir que o setor de assistência suplementar à saúde está repleto de assimetrias de informação, dado que nos permite inferir que um dos principais problemas do setor advém do desequilíbrio informacional remanescente entre seus agentes e, o que é pior, envolvendo o Estado como parte detentora de informações assimétricas para com a realidade do setor. Tal asserção ganha força com o argumento (baseado nas

106 in A regulação da assistência suplementar à saúde: legislação e contexto institucional, p.85.

principais reclamações/demandas por informação de consumidores e constatações de estudiosos do setor) de que com o simples estabelecimento de equilíbrio de informação entre, em primeiro lugar, Estado e o setor, e logo depois, entre consumidores e firmas, vislumbrar-se-á bons níveis de equilíbrio a dado mercado.

Contudo, em que pese ser simples a metodologia que procurou ser explorada neste trecho do presente trabalho, representada pela seqüência de atos 1 - [conhecimento do objeto]; 2 - [elaboração de estratégias]; 3 - [aplicação das estratégias]; 4 - [teste de efetividade]; 5 - [reflexão sobre os resultados]; e 6 - [calibragem das estratégias], o Estado, agindo com metodologia diversa e desvestida da devida reflexão, acabou por despende quantias consideráveis do Erário e colher poucos resultados que refletiram soluções efetivas aos problemas do setor. Com base nessa constatação, passaremos a abordar brevemente algumas das falhas do Estado em regular o setor de assistência suplementar à saúde.

5.4.1 O problema dos custos para regular:

Como aventado em alguns pontos nos capítulos anteriores (3 e 4), na escolha da estratégia regulatória, bem como do mecanismo a ser adotado pelo Estado para regular dado setor da economia, o governo deve sopesar os custos e retornos de sua empreitada, de modo a impedir que o custo da estratégia e mecanismos seja mais elevado que os benefícios almejados ao setor.

Lembrando novamente a lição do advogado norte-americano Posner¹⁰⁷, crítico ferrenho da intervenção regulatória estatal, um dos principais elementos que encarecem a atividade regulatória é o problema de informação, precisamente, a assimetria de informação presente na relação entre o Regulador e as firmas e o funcionamento do mercado a ser regulado. Isto ocorre em setores revestidos de redes dinâmicas e complexas de funcionamento, bem como de arranjo complexo de seus agentes, como é o caso do setor de assistência suplementar à saúde no Brasil.

Em setores como este, os governos normalmente desconhecem as peculiaridades da dinâmica do mercado, bem como as informações sobre estrutura de custos e ganhos por parte das firmas fixadas no mercado e, sobretu-

107 “This is primarily because of information and incentive problems of regulators and because of efforts by the regulated firms to neutralize regulation or to bend it to their advantage.” In *Natural Monopoly and its Regulation*, p.7. (destacamos).

do, a qualidade de seus produtos e serviços. Infelizmente, mesmo estando aquém do grau mínimo de conhecimento do setor para estabelecer uma estratégia regulatória efetiva, os governos acabam por expedir normas gerais e diretrizes regulatórias distantes dos problemas reais do setor, despendendo recursos em excesso e colhendo poucos resultados. Como consequência, os consumidores acabam por ter de arcar com a ineficácia regulatória, perdendo em termos de custo, qualidade, segurança e salubridade.

Nestes casos, conforme as palavras de Posner trazidas no capítulo 3, as “falhas regulatórias”, acabam por se tornar mais sérias que as próprias “falhas de mercado” que a regulação deveria supostamente corrigir.

Na seqüência, devido principalmente à assimetria de informação presente na relação do Estado com a dinâmica e os entes integrantes do setor (firmas e consumidores), fixaram-se premissas equivocadas ao início do processo de regulação no Brasil. Isto ficou aparente em vários momentos do processo regulatório implantado no setor de assistência suplementar à saúde, v.g., na Lei n.º. 9.656/98, que introduziu o conceito legal de *plano de assistência suplementar à saúde*, posteriormente redefinido como *plano privado de assistência à saúde*.

Artigo 1.º - Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto do prestador, por conta e ordem do consumidor;

*II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou **entidade de autogestão**, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;*

Através dessa definição, a Lei, provavelmente partiu da premissa do *produto/serviço* comercializado para então englobar todas as pessoas jurídicas a ele relacionadas enquanto prestadoras. Entretanto, esse modelo operacional adotado pela agência não levou em consideração peculiaridades presentes no contexto do setor, sobretudo na questão das realidades distintas das prestadoras de assistência suplementar à saúde, *e.g.*, as autogestões em saúde, modalidade institucional de prestação de serviços de assistência suplementar à saúde.

As autogestões em saúde são regidas por estatutos e não possuem fins lucrativos, representando, na grande maioria dos casos, entidades criadas por grupos de funcionários de empresas ou associações da sociedade civil. Ao contrário dos demais planos de assistência suplementar à saúde, as autogestões são, em regra, patrocinadas pelas empresas, voltando-se exclusivamente a oferecer cobertura aos seus empregados e familiares.

Acreditamos que a estratégia regulatória adotada no setor assistência suplementar à saúde, sobretudo no caso das autogestões em saúde, pode ser representada por uma assimetria de informação presente na relação entre o Estado e o setor de assistência suplementar à saúde. Cremos que uma falha na decodificação do setor tenha sido responsável pelo estabelecimento desta premissa, o que resultou na adoção de uma estratégia regulatória despida de efetividade, principalmente para com as autogestões em saúde, englobadas no regime dos *planos privados de assistência suplementar à saúde*.

Outra ação que pode ser encarada como uma “falha” no processo de decodificação e aprendizagem do setor que provavelmente adveio da assimetria de informações do Estado para com os agentes do setor, especificamente com relação às seguradoras:

“A lei de planos de saúde foi alterada para retirada de qualquer menção a seguradoras ou seguros. Porém, por operarem, na prática, produto semelhante às demais operadoras, apesar de seguirem normas próprias, inclusive diferentes do que prevê o Decreto-Lei n.º 73/66, as seguradoras foram forçadas a constituir outra empresa não-seguradora, a fim de poderem atuar como operadoras de planos de saúde. Recentemente, a Lei n.º 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, permitiu às sociedades seguradoras operar planos segundo a Lei n.º 9.656/98, desde que se constituam como seguradoras especializadas nesse produto; a atuação em quaisquer outros ramos ou

modalidades de seguros é vedada, e as seguradoras ficam submetidas à regulação do CONSU e da ANS.”¹⁰⁸ (destacamos).

Essa exigência aplicada às seguradoras acabou por reforçar o efeito de seleção adversa e transferência de risco e custo aos consumidores. Felizmente, a diretriz foi alterada, conferindo maior efetividade, em termos econômicos, à regulação do setor.

Em situação análoga, podemos observar outro exemplo de “falha regulatória” representado pela omissão da legislação específica quanto a dois importantes aspectos dos planos de empresas (modalidade de assistência suplementar à saúde), de acordo com os dizeres de Lígia Bahia, Aloísio Teixeira e Maria Lúcia T. Werneck Vianna:

“A legislação não faz referência a dois importantes aspectos dos planos de empresas: a elegibilidade de dependentes (arbitrada diretamente pela empresa empregadora) e os subsídios tributários envolvidos com o financiamento desses planos. A existência de subsídios cruzados neste segmento, isto é, de pessoas com mais de um plano de saúde (titular de um plano empresarial e dependente, como cônjuge, de outro, ou dependente de mais um plano, na condição de filho, de pai e de mãe, vinculados a planos de empresas), tem que ser considerada no processo de aperfeiçoamento das normas legais.”¹⁰⁹ (destacamos).

Assimetrias de informação de difícil transposição que acarretem falhas ao processo regulatório, por outro lado, podem ser representadas por conseqüências do descuido passado das autoridades, cujos efeitos afloraram na realidade presente do setor. Isto ocorre na assistência suplementar à saúde, pois jamais recebera cuidado específico do Estado brasileiro, tal como notamos nas palavras de George Edward Kornis e Rosângela Caetano:

“A insuficiência de informações deriva, em grande parte, da legislação em vigor até recentemente, que permitia que as empresas atuassem sem um controle coordenado, além de considerar muitas das

108 Maria Angélica Fonseca de Mesquita e outras, In a regulação da assistência suplementar à saúde (...), p.89.

109 in Nota sobre a regulação dos planos de saúde de empresas, no Brasil, p.30.

mesmas entidades filantrópicas e, portanto, livres de controles fiscais e administrativos.”¹¹⁰

O estabelecimento de metas intransponíveis, em termos econômicos, por parte dos agentes do setor representa outra “falha regulatória”, ocasionada pela posse de informações assimétricas por parte do Estado, notada no setor ora em comento, a saber:

“Uma avaliação dos obstáculos para o cumprimento dos preceitos legais ajuda a elucidar a relativa imunidade, à intervenção governamental, das regras a organizarem o mercado de assistência suplementar. O Ministério da Saúde, por exemplo, viu-se pressionado por grandes seguradoras e por entidades de defesa do consumidor, e as isentou de adaptar os contratos antigos à necessidade de ampliação das coberturas, prevista pela legislação (Medida Provisória 1908-17).”¹¹¹ (destacamos).

Utilizado, um pouco mais, das palavras de Lígia Bahia, em sua abordagem do setor, vemos que:

“Por enquanto, a divisão de responsabilidades, pelos riscos da assistência à saúde entre Estado e mercado resulta num quadro de iniquidades mais grave do que haveria se a aporte sociedade não destinasse recursos aos planos de saúde. A carga de riscos de despesas com saúde das famílias de clientes cobertos por planos empresariais, do tipo executivo, não-contributivo, é totalmente voltada para fora, enquanto são vultosas as despesas dos clientes de planos básicos, contributivos, especialmente os que prevêm o pagamento do consumo dos serviços. Apesar disso, a divisão do sistema entre público e privado continua a basear-se no critério que distingue os clientes entre pagantes e não-pagantes.”¹¹² (destacamos).

Em outras palavras, os efeitos nefastos da seleção adversa e do aproveitamento em termos de barganha (devido ao desequilíbrio de repertórios) das firmas em detrimento dos consumidores, ainda mantém elevado o nível de

110 in Dimensão e estrutura (...), p.48.

111 Lígia Bahia e outros, in Regulação e Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar, p.14.

112 Ibid., p.17.

iniquidade no setor, como também, mantém grande parte da demanda de consumidores da assistência excluída da cobertura.

Apesar destes exemplos relacionados a “falhas regulatórias”, a ANS tem sido afortunada na colheita de bons resultados de suas estratégias de regulação a pouco implantadas no país. Todavia, o caminho ainda é longo para se sanar a elevada assimetria de informação presente na relação dos consumidores dos planos de assistência suplementar à saúde (que em grande parte desconhecem a existência da própria ANS!) e, principalmente, do Estado para com as diversas realidades de firmas prestadoras, para efetivamente engendrar um regulação e monitorar o setor.

Num balanço final de custos e ganhos, não podemos afirmar que os ganhos tenham superado os gastos com o processo de regulação deste setor, o que nos leva à assertiva de Posner, em que a “falha regulatória” acaba por ser mais gravosa (e custosa) que as “falha nas estruturas do mercado” que se buscou regular.

6. Conclusão:

Como pudemos verificar ao longo deste trabalho, regulação econômica/social geral e setorial são intrinsecamente relacionadas, tendo em vista a consecução da eficiência econômica, expressa em termos de eficiência *produtiva, alocativa e distributiva*¹¹³, e de benesses para com a sociedade. Vimos também que o *equilíbrio de mercado* e o *bem-estar da sociedade* podem ser atingidos pelo estabelecimento de um regime de concorrência no mercado ou pelo estabelecimento de um regime de regulação setorial.

O regime de competição no mercado pode resultar, *v.g.*, em qualidade, menor preço e inovação tecnológica, refletindo pura *eficiência econômica*

113 Para uns, eficiência alocativa: “a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. (...), definição da Teoria Neoclássica (...), verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam”, In Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos, Calixto Salomão Filho, Malheiros, São Paulo, 2001, p.111. Para outros, eficiência distributiva “refere-se à capacidade de eliminação, por meio da concorrência ou de outro dispositivo, de rendas monopolísticas ou outros ganhos temporários por parte de agente individuais” Mário Possas e outros, in regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil, p.5.

no/ao mercado. Resultando esta última em benefícios à sociedade, sobretudo ao consumidor, que desfrutará de bens mais baratos e revestidos de maior qualidade, sem contar na possibilidade de se inibir o controle de preços exercido por agente monopolista, por oligopólio ou tipo similar de concentração industrial, de modo a (i) obstar que se propaguem perdas de eficiência econômica e de bem-estar social; (ii) inibir a redução de qualidade e diversidade dos bens ofertados no mercado; (iii) manter o fluxo de inovação e desenvolvimento tecnológico no mercado, em busca do desenvolvimento de melhores produtos e serviços a menores preços.

Em síntese, temos que a estratégia antitruste volta-se a manter a função competitividade no mercado, para colher os diversos resultados acima citados. Contudo, esta fórmula nem sempre é suficiente, tornando inconsistente a equação [regime de competição = eficiência econômica = bem-estar sociedade]. Isto se dá nos casos de falhas nas estruturas de mercado.

Nestes casos, a eficiência econômica, ou equilíbrio do mercado, logo, o bem-estar da sociedade deverão ser atingidos pela utilização de estratégias regulatórias que levarão em conta o contexto e as peculiaridades de cada setor da economia.

Vimos ainda que, por vezes, mesmo em mercados competitivos, podem os fins sociais não ser atingíveis pelo estabelecimento de regimes de competição, situações em que a regulação assume a finalidade de objetivar conquistas sociais aos setores, que pela proporção de eficiência distributiva poderão atingir o desígnio de eficiência econômica para bem-estar social. Restará a equação [regulação social = eficiência distributiva = eficiência econômica = bem-estar social].

A regulação empregada no setor de assistência suplementar à saúde é um exemplo claro dessa modalidade de atuação estatal, pautada em objetivos sociais voltados ao estabelecimento da equidade nas relações de mercado.

Nesse panorama, o Direito, sobretudo por intermédio da atividade da administração pública, estabelecerá os procedimentos a serem adotados para a implantação dos processos regulatórios: (i) subsidiando a aplicação de tais estratégias; (ii) estabelecendo o procedimento e mecanismos de implantação, e (iii) servindo de limite ao grau de discricionariedade das autoridades para optar por uma ou outra modalidade estratégica - em termos de custos e ganhos (econômicos e sociais).

Entretanto, qual será o grau de um ou de outro modo de intervenção quando o mercado apresentar características que demandam as duas formas de atuação? (*i.e.*, a regulação setorial e a regulação geral, como é o caso dos mer-

cados com assimetria de informações – tal qual o de assistência suplementar à saúde).

Herbert Hovenkamp¹¹⁴ alerta que o princípio geral que norteia a dinâmica da regulação e sua interface com a defesa da concorrência e defesa do consumidor (regulação geral) é que quanto menor a interferência do Estado nos mercados, maior será o espaço para atuação, v.g., do sistema de defesa da concorrência. A intervenção antitruste é geralmente apropriada com respeito às decisões de mercado que (a) são imediatamente ou potencialmente anti-competitivas; e (b) são feitas de acordo com a discricção de agentes privados sem supervisão governamental.

Da mesma forma, alerta que a relação entre a regulação e a defesa da concorrência se torna problemática quando o regime regulatório opera com os mecanismos de (a) controle de preços; (b) restrições à entrada (ou atribuição de vantagens competitivas a firmas já estabelecidas em detrimento de novas ou potenciais firmas que vislumbrem fixar-se no setor); ou (c) requeira ou permita alguma prática que a lei de defesa da concorrência ordinariamente proíba.¹¹⁵

De modo interessante e acertado, o professor Floriano de Azevedo Marques Neto preceitua que “de uma maneira até certo ponto simplista, o principal bem jurídico tutelado numa e outra forma de regulação geral (consumidor e antitruste) acaba sendo o indivíduo, pois se os beneficiários imediatos da regulação antitruste, são os competidores de um dado segmento, de forma mediata a tutela da competição também tenderia a proteger o consumidor, principal prejudicado das práticas anticompetitivas”¹¹⁶.

Assim, cremos ser papel do Estado, valendo-se dos ditames da Constituição e das Leis específicas, optar pela melhor estratégia a ser engendrada, de modo a possibilitar um diálogo entre uma e outra forma de atuação, seja regulação geral ou de regulação setorial (econômica e social), posto que,

114 “To state a general principle, the less the regulatory regime interferes with the workings of the market, the more room for antitrust. Intervention under the antitrust laws is generally appropriate with respect to market decisions that (a) are actually or potentially anticompetitive; and (b) are made according to the discretion of private firms without effective agency supervision.”, In *Federal antitrust policy* (...), p.649.

115 “The relationship between antitrust and regulation generally becomes problematic when the regulatory regime (a) controls price; (b) restricts entry (or gives incumbent firms an advantage over new or potential entrants); or (c) requires or permits some practice that antitrust law ordinarily prohibits.”, *Ibid.*, mesma p.

116 In *Regulação setorial e autoridade antitruste* (...), p.6.

v.g., no caso da assimetria de informação, a atuação simplificada por apenas um viés operacional, poderá resultar na adoção de medidas com efetividade limitada, não abarcando a totalidade do problema e não atingindo o desígnio social da eficiência econômica.

No Brasil, como visto, há necessidade de atuação conjunta da regulação geral e regulação setorial no setor de assistência suplementar à saúde. Neste setor, vislumbra-se, numa visão imediata, proteger o consumidor, estabelecendo-se para tanto mecanismos de regulação pautados em critérios de ordem social. O equilíbrio de informação para o efetivo bem-estar dos consumidores, transparente, e.g., pelo real exercício de seu direito de escolha, é um dos objetivos almejados no processo de regulação do setor de assistência suplementar à saúde.

Creemos assim, finalizando, que a tarefa de *informar-se* (Estado) *para informar* (consumidores) e *regular* reveste-se de cidadania e se volta, precipuamente, a estabelecer maior equidade às relações de mercado no setor de assistência suplementar à saúde, como também, em setores que apresentem comportamento e/ou realidade correlatos.

7. Bibliografia:

AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO, *A nova regulação estatal e as agências reguladoras independentes*, in *Direito Administrativo Econômico*, coordenado por CARLOS ARI SUNDFELD, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

_____, *Regulação setorial e autoridade antitruste – a importância da independência do regulador*, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, Coordenado por CELSO FERNANDES CAMPILONGO, Editora Max Limonad, São Paulo, 2002.

BARKER, BILL; TRÉMOLET, SOPHIE, *Public Police for the Private Sector – Regulating Quality*, The World Bank Group Private Sector and Infrastructure Network, Note Number 221, October 2000.

BILAC PINTO, atualizado por ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*, 2ª Edição, Editora Forense, São Paulo, 2002.

CAMPILONGO, CELSO FERNANDES, *Voto vista proferido no Ato de Concentração n.º.08012.006762/2000-09, com requerentes Banco Finasa de*

Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participações e Representações, apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasília/DF, setembro de 2001.

DALLARI, DALMO DE ABREU, *Elementos de teoria geral do Estado*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

DUBOIS, JEAN e outros, *Dicionário de Linguística*, Editora Cultrix, São Paulo, 1998.

DUPAS, GILBERTO, *Economia global e exclusão social – pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*, Editora Paz e Terra, São Paulo, 1999.

FIANI, RONALDO, *Teoria da Regulação Econômica: estado atual e perspectivas futuras*, Texto publicado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, disponível no site www.ufrj.br/ie.

FONSECA DE MESQUITA, MARIA ANGÉLICA, *A Regulação da assistência suplementar à saúde: legislação e contexto institucional*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

GALLO GARCIA, FÁBIO, *Verificação da existência de Assimetria de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro uma forma de medir a importância da Estrutura de Ativos da Empresa*, Tese de Doutorado, FGV-EAESP, São Paulo, 2002.

GIOVANELLA, LÍGIA; MENDES RIBEIRO, JOSÉ, ROSÁRIO COSTA, NILSON, *Defesa dos Consumidores e regulação dos planos de saúde*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

GRAU, EROS ROBERTO, *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros Editores, 3ª. Ed., São Paulo 2000.

HOVENKAMP, HERBERT, *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*, Hornbook series, West Publishing CO., St. Paul, Min., 1994.

KORNIS, GEORGE EDWARD; CAETANO, ROSÂNGELA, *Dimensão e estrutura econômica da Assistência Médica Suplementar no Brasil*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência*

médica suplementar, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

LEOPOLDINO DA FONSECA, JOÃO BOSCO, *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste*, 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

MARIA CAMPOS, ANNA; SANTIAGO JR., DÉRCIO, *Em busca de um sistema de controle e avaliação da Agência Nacional de Saúde Suplementar*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

MOLAN GABAN, EDUARDO, *A Efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, PUC-SP / FAPESP, Monografias Inéditas de Iniciação Científica, São Paulo, maio e dezembro de 2000.

POSNER, RICHARD A., *Natural Monopoly and its Regulation*, 30TH anniversary edition, CATO Institute, Washington D.C., 1999.

POSSAS, MÁRIO; PONDÉ, JOÃO LUIZ; FAGUNDES, JORGE, *Regulação da Concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, Texto publicado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, disponível no site www.ufrj.br/ie.

ROSÁRIO DA COSTA, NILSON; MENDES RIBEIRO, JOSÉ; BARROS SILVA, PEDRO L.; MELO, MARCOS ANDRÉ DE, *As agências de regulação independentes*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação e Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, Malheiros Ed., São Paulo, 2001.

STIGLITZ, JOSEPH E., *Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries*, Senior Vice President and Chief Economist, The World Bank, *Speech delivered* on the Research Center for Regulation and Competition, Chinese Academy of Sciences, Beijing, China, July 25, 1999.

_____, *Governo, mercado financeiro e desenvolvimento econômico*, Revista Brasileira de Economia, 44(3):269-95, Rio de Janeiro, jul. /set. de 1990.

_____, *Economics*, First Edition, W.W. Norton & Company, New York / London, 1993.

_____, *Economics of the Public Sector*, Third Edition, W.W. Norton & Company, New York / London, 2000.

TEIXEIRA, ALOÍSIO; BAHIA, LÍGIA; WERNECK VIANNA, MARIA LÚCIA T., *Nota sobre a regulação dos planos de saúde de empresas, no Brasil*, in Coletânea do MINISTÉRIO DA SAÚDE e AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *Regulação e saúde: estrutura e perspectivas da assistência médica suplementar*, ANS (série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.76), Editora MS, Rio de Janeiro, 2002.

WATZLAWICK, PAUL; BEAVIN, J. HELMICK; JACKSON, DON D., *Pragmática da Comunicação Humana, Um estudo de Padrões, Patologias e Paradoxos da Interação*, Tradução de Álvaro Cabral, Editora Cultrix, São Paulo, 1996.

WISCUSI, KIP. W.; VERNON, JOHN M.; HARRINGTON JR., JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1997.

ANTITRUSTE, EFICIÊNCIA ECONÔMICA, CURVAS, TRI- ÂNGULOS E RETÂNGULOS

*Ruy Santacruz**

APRESENTAÇÃO

A discussão acerca dos objetivos da atividade antitruste passa inevitavelmente pela discussão dos critérios de bem-estar e eficiência econômica. Embora de corte fundamentalmente teórico, a matéria não pode ser conhecida superficialmente pelos investigadores antitruste, advogados, economistas e demais militantes ou interessados no tema. De fato, toda ação normativa supõe uma relação de causa e efeito entre variáveis. O efeito que se procura com a intervenção antitruste está relacionado ao bem-estar e à eficiência econômica. Dessa forma, sem o domínio do conceito de eficiência econômica não é possível opinar consistentemente sobre a intervenção antitruste. Por outro lado, bem-estar e eficiência econômica não são passíveis de interpretação pessoal e uso de intuição, o que redundaria numa intervenção sem regras e imprevisível. Essa é uma observação lógica. Não é (apenas) a tentativa de um economista de trazer a discussão para áreas de seu domínio.

Sendo assim, o presente texto é uma tentativa de apresentar aos interessados em aprofundar seus conhecimentos sobre a atividade antitruste, de maneira didática, conceitos econômicos fundamentais sobre os quais assenta-se a intervenção das autoridades de defesa da concorrência.

1 - INTRODUÇÃO

O objeto da política antitruste é a eficiência econômica dos mercados (que se reflete em bem-estar econômico para a coletividade), que é reduzido pelo abuso do poder de mercado. Não é o monopólio, o lucro de monopólio, o poder de monopólio ou o poder de mercado.

* Doutor em economia, Professor Adjunto do Departamento de Economia da Universidade Federal Fluminense, ex-conselheiro do CADE

Poder de monopólio ou poder de mercado é definido pelo economista como a diferença entre o custo e o preço do produto. Pelos investigadores antitruste é, na maior parte das vezes, definido como a capacidade da firma de elevar seus preços acima dos custos. Assim, quanto maior o poder de mercado, maior a possibilidade de aumento de preço. O abuso do poder de mercado fica, então, caracterizado pelo aumento de preços.

O poder de mercado, entretanto, não pode ser objeto da política antitruste porque é freqüentemente alcançado através da maior eficiência da firma no mercado. De fato, o objetivo de todo empresário é ganhar mercado e aumentar seus lucros. Para tanto, o empresário competente lança novos produtos, inova os já existentes, reduz seus custos, reduz seus preços, etc. Como consequência de uma atuação mais eficiente, ganha mercado, aumenta seus lucros, ganha poder de mercado. Dessa maneira, a atividade antitruste tem por objetivo combater o abuso do poder de mercado que reduz a eficiência econômica e o bem-estar da coletividade.

2 - EFICIÊNCIA ECONÔMICA E BEM-ESTAR

A lei antitruste tem por objetivo, então, combater o abuso do poder de mercado, garantindo a máxima eficiência econômica. A teoria econômica define poder de mercado (ou poder de monopólio) como a diferença entre o preço praticado pela empresa para um produto e o seu custo unitário de produção. Poder de mercado é, portanto, uma questão de grau - quanto maior, tanto maior o preço praticado no mercado. Decorre da estrutura do mercado. Mercados mais competitivos são aqueles nos quais, tautologicamente, o poder de mercado é menor – ou seja, nos quais a pressão competitiva reduz os preços na direção dos custos unitários de produção, reduzindo os lucros. A concorrência perfeita é, desse modo, a representação teórica de um mercado no qual o preço de um produto é igual ao seu custo unitário de produção. Na medida em que a competição se fragiliza, se torna imperfeita, o poder de mercado se eleva, com os preços se afastando dos custos, reduzindo o bem-estar econômico e social. Como já foi mencionado, nos mercados imperfeitos, além de preços mais elevados, observa-se redução da oferta, falta de incentivo para a redução de custos e preços, para o lançamento de novos e melhores produtos, etc.

2.1 – Poder de Mercado e Concorrência Perfeita

Nos mercados perfeitamente competitivos a eficiência econômica é máxima. Para entender a razão para tal é necessário entender as hipóteses

assumidas para a construção teórica de um mercado perfeitamente competitivo – que embora seja uma referência teórica, é útil para a compreensão do funcionamento de mercados reais onde o poder de mercado é reduzido. Como se busca um mercado no qual as empresas não detêm nenhum poder de mercado, ou seja, no qual as pressões conduzem o preço tendencialmente para o custo médio mínimo (custo unitário), as hipóteses buscam estabelecer condições que retiram a capacidade do vendedor de impor qualquer tipo de condição comercial ao comprador. São elas:

1. O mercado conta com um *grande número de pequenas empresas* – dessa maneira, o consumidor terá sempre uma alternativa de fornecedor. Se o vendedor estabelecer condições indesejáveis para o comprador, este último encontra facilmente outro vendedor. Desse modo, o vendedor não pode impor preços ou outras condições comerciais.

2. O *produto* vendido é *homogêneo*, isto é, os produtos de todos os vendedores do mercado têm características semelhantes – com isso, o vendedor não tem no seu produto nenhuma característica pela qual o consumidor poderia dar alguma preferência. Sempre que há diferenciação no produto oferecido no mercado, alguns consumidores estarão dispostos a pagar mais por esta ou aquela característica que lhe interessa. Se o produto é homogêneo, o vendedor não tem poder de diferenciar preço, não exerce poder de mercado.

3. O consumidor dispõe de *informações completas* sobre o mercado – a ausência de assimetria de informações garante que o comprador conhece o preço do mercado e a qualidade do produto. Além disso, sabe onde buscar o produto alternativamente, caso o preço ofertado por um vendedor específico seja superior ao de mercado. Dessa forma, o vendedor não pode impor ao comprador preço ou qualidade diferente das oferecidas pelos demais vendedores. Preço/qualidade são determinados pelo mercado.

Essas informações garantem absoluta ausência de poder nas relações de mercado. O equilíbrio de poder é perfeito entre quem vende e quem compra. Além dessas características assumidas como hipóteses, há uma quarta imposição para um mercado poder ser definido como perfeitamente competitivo.

4. Não existem *barreiras à entrada ou à saída* de competidores no mercado – assim, se o mercado apresentar lucro extraordinário, superior aos dos demais mercados, atrairá a entrada de novos concorrentes que virão de outros mercados onde o lucro é menor. Com a entrada de novas firmas no mercado, a oferta será ampliada, fazendo o preço cair na direção do custo médio (custo unitário). De outro lado, caso o mercado esteja com o preço abaixo do custo, isso incentivará a saída de empresas para mercados mais lucrativos. Com a redu-

ção do número de empresas a oferta se contrai, fazendo o preço subir em direção ao custo médio da firma.

Assim, no mercado perfeitamente competitivo há uma tendência para que o preço seja o menor possível (três primeiras hipóteses). Além disso, diante da ausência de barreiras à entrada e à saída de novas firmas do mercado (quarta hipótese), o preço de mercado tende a se igualar ao custo médio (custo unitário de produção). Diante dessa situação, o lucro econômico é zero e a quantidade ofertada é a maior possível. A eficiência econômica é máxima.

Observe a figura abaixo. O custo unitário de produção $C = R\$5$ incorpora o custo dos insumos, o custo do aluguel, o custo da mão de obra, mas também incorpora o custo do capital, equivalente à taxa de lucro média da economia. Ou seja, dentro do cálculo do custo já está embutida a remuneração do capital investido (que é um fator de produção como outro qualquer). Assim, se o preço for igual ao custo médio, diz-se que o lucro econômico é zero, muito embora o empresário esteja sendo remunerado com a taxa de retorno média da economia. Qualquer percentual acima da taxa de lucro média é considerado como lucro econômico, ou lucro extraordinário, ou ainda, lucro de monopólio. Como poder de mercado é a diferença entre custo e preço, quando o poder de mercado é exercido, a empresa está obtendo um lucro acima do lucro médio da economia (que já está embutido no custo), sendo este um lucro “excessivo”. Ou seja, para o economista lucro zero não significa que o empresário não tem seu investimento remunerado, uma vez que na composição do custo já está incluído o custo do capital, equivalente à taxa média de retorno da economia. Dessa maneira, a empresa obtém retorno no seu investimento, com lucro “econômico” zero, porém.

P,C

P1 = R\$10,00

A

P = C, tendencialmente

C = R\$ 5,00

B

P2 = R\$ 3,00

DD

Q

Q1 = 8 udd

Q2 = 14 udd

Num mercado perfeitamente competitivo, a concorrência, como já mencionado, pressiona o preço para o custo, com uma tendência a que o lucro extraordinário seja zero. No gráfico abaixo, com o preço a R\$ 10 a quantidade comprada será de 8 unidades. Caso o preço caia, para R\$ 3, por exemplo, a quantidade demandada obviamente aumenta, no caso para 14 unidades. É este fato simples, o de que se o vendedor reduzir seus preços aumentará suas vendas – porque as pessoas estão dispostas a comprar mais se o preço for menor - que faz com que a curva de demanda “DD” tenha a forma indicada no gráfico. Com o custo unitário (custo médio) de produção de R\$ 5 e o preço P1 de R\$ 10, o lucro será de R\$ 5 por unidade vendida. Como foram vendidas 8 udd, o lucro total será de R\$ 40, representado graficamente pelo retângulo C-P1-A-B. Caso o preço fosse de R\$ 3, o prejuízo seria de R\$ 2 por udd. Como seriam vendidas 14 udd, o prejuízo total seria de R\$ 28 udd.

Porém, no caso de lucro excessivo, com o preço a R\$ 10, o mercado ficará atraente para a entrada de outras empresas (não há barreiras à entrada), que operavam em mercados com taxas de lucro menores. Com isso o preço

tende a se reduzir em direção aos custos. Caso o preço esteja abaixo dos custos, a saída de empresas do setor ocorrerá (não há barreiras à saída – não há perdas ao sair do mercado – não há custos irrecuperáveis ou *sunk costs*), empurrando o preço para cima, em direção ao custo unitário. Dessa maneira, a tendência num mercado perfeitamente competitivo, no qual a empresa não tem poder sobre o comprador e as barreiras à entrada e à saída são nulas, o preço tende a ser igual ao custo unitário de produção e o lucro econômico tende a zero (o que significa que a empresa está logrando alcançar a taxa de retorno média da economia), no longo prazo. No caso do preço igual ao custo médio, no gráfico acima, a quantidade produzida seria maior que 8 udd e menor do que 14 udd. No mercado sob concorrência perfeita (perfeitamente competitivo) as firmas não detêm poder de mercado sendo o lucro econômico igual a zero.

2.2 – Poder de Mercado e Monopólio

Já num mercado sob monopólio a firma detém poder de mercado e a eficiência econômica é reduzida, em relação ao mercado competitivo. Para que um mercado opere sob monopólio são necessárias algumas condições:

1. Apenas uma única empresa vende no mercado.
2. Não há produto substituto – isso porque se houvesse um produto capaz de substituir aquele vendido pelo “monopolista”, este não seria monopolista de fato. Se a empresa elevasse seus preços, os consumidores trocariam para o outro produto, substituiriam o produto que teve seus preços majorados. Nesse caso, a empresa seria obrigada a retornar seus preços para os níveis anteriores, não sendo capaz de exercer poder de mercado. Se é incapaz de aumentar seus preços de maneira lucrativa (sem perder mercado), não detém poder de mercado, não detém poder de monopólio. Não é monopolista de fato. Pode-se dizer que ela é a única vendedora da mercadoria X, que entretanto pode ser substituída plenamente pela mercadoria Y¹.
3. Há elevadas barreiras à entrada de novos vendedores no mercado – assim, caso o monopolista aumente seus preços e seus lucros, não atrairá a entrada de

1 O exemplo clássico, e contestado por nove entre dez consumidores de paladar apurado, diz respeito à possibilidade de substituição plena entre margarina e manteiga. O “monopolista” de margarina não seria monopolista de fato porque não seria capaz de elevar os preços do seu produto, uma vez que o consumidor substituiria seu consumo por manteiga.

concorrentes, tornando o aumento de preços lucrativo, mesmo no longo prazo. As barreiras à entrada mais comuns são:

- . Barreiras derivadas da diferenciação do produto, lealdade à marca, custos com propaganda;
- . Barreiras derivadas de vantagens absolutas de custos, como domínio de fontes de insumos, patentes, segredos industriais, tecnologia, etc;
- . Barreiras derivadas de elevados custos de capital necessário para o investimento inicial;
- . Barreiras derivadas de economias de escala. Esse último tipo de barreira à entrada é que propicia e garante a existência de um *monopólio natural*.

Imaginemos um mercado cuja demanda seja de 100 toneladas/ano. O mercado pode ser atendido por 10 empresas com 10 t/ano de capacidade produtiva cada ($10 \times 10t = 100t$) e com custo unitário de R\$38,50/t, por exemplo. Também pode ser atendido por uma única empresa com capacidade de 100 t/ano. Se há economias de escala relevantes nessa indústria, o custo unitário de produção da empresa que detém a planta de maior escala será de, por exemplo, R\$ 21,30/t. Assim, a empresa com a unidade fabril maior cobrará um preço menor do que seus concorrentes, tomando todo o mercado. E mais, nenhuma outra empresa entrará neste mercado, pois com a demanda de apenas 100 t/ano, a entrada em operação de outra planta desse tamanho (escala mínima eficiente em termos de custo unitário de produção) implicará uma ociosidade fabril de 50% nas duas empresas, o que inviabilizaria a ambas. Essa é a condição de criação e existência do monopólio natural. Num mercado com essas características não há concorrência possível e o desequilíbrio de poder entre vendedores e compradores é máximo.

O gráfico, apresentado a seguir, ilustra a situação de monopólio, na qual há lucro econômico, lucro de monopólio.

P,C

P1 = R\$10,00

A

B

C = R\$ 5,00

DD

Q1 = 8 udd

Q

O poder de mercado (ou poder de monopólio) fica caracterizado pela capacidade da empresa de cobrar preço (R\$10) acima do custo unitário (custo médio) de produção (R\$ 5). A área do retângulo P1-A-B-C equivale ao lucro extraordinário do monopólio.

É importante notar que o monopólio oferta menos (apenas 8 udd), enquanto que o mercado perfeitamente competitivo, no qual o preço seria igual ao custo (R\$5), oferta mais de 8 udd. Ou seja, sob monopólio a oferta é menor e o preço maior.

2.3 – Poder de Mercado, Eficiência Econômica e Bem-estar Econômico

Vamos examinar os efeitos do monopólio sobre o bem-estar econômico. O gráfico abaixo é básico para o entendimento da aplicação normativa da teoria econômica. É necessário, entretanto, entender melhor o significado da curva de demanda.

P,C

P2=R\$12

EXCEDENTE DO CONSUMIDOR

P1=R\$ 6

5

10

Q

Com o preço de mercado P1 (R\$6), 10 consumidores, por exemplo, estariam dispostos a adquirir uma unidade cada um da mercadoria oferecida. Porém, note que desses 10 consumidores, 5 estariam dispostos a pagar até o preço P2 (R\$12) pela mesma mercadoria. Mas, com o preço de mercado mais baixo em P1, evidentemente estes 5 consumidores estão ganhando por não precisarem pagar o preço P2. A isso se denomina *excedente do consumidor*. O excedente do consumidor é a parte da renda que ele está deixando de utilizar (está “ganhando”) ao pagar menos por uma mercadoria do que estaria disposto a pagar. Examinando a curva de demanda acima, podemos notar que um primeiro consumidor estaria disposto a pagar um preço muito acima de P2. Para este o excedente do consumidor é o maior de todos. Um segundo consumidor pagaria um pouco menos do que o primeiro, mas ainda mais do que o terceiro. Apenas o 10º consumidor está pagando o preço que considera justo (R\$ 6), acima do qual não compraria a mercadoria. Todos os 9 anteriores estão “ganhando” por pagar menos do que estariam dispostos a pagar pela mesma mercadoria. Assim, toda a área do triângulo acima de P1 constitui-se em ganho de renda para esses consumidores, sendo o que se denomina excedente do consumidor num dado mercado.

Assim, quando o preço sobe de P1 para P2, o excedente do consumidor se reduz. De um lado alguns consumidores deixam de comprar uma vez que o preço aumentou para um nível além do qual ele estaria disposto a pagar pela mercadoria. Por outro lado, os demais consumidores passam a pagar mais pela mercadoria do que antes. Dessa forma, o consumidor tem seu bem-estar econômico reduzido. O excedente do consumidor se reduz à área do triângulo acima de P2, como demonstrado na figura abaixo.

P,C

NOVO EXCEDENTE DO CONSUMIDOR REDUZIDO

P2=R\$12

REDUÇÃO DO EXCEDENTE DO CONSUMIDOR

P1=R\$ 6

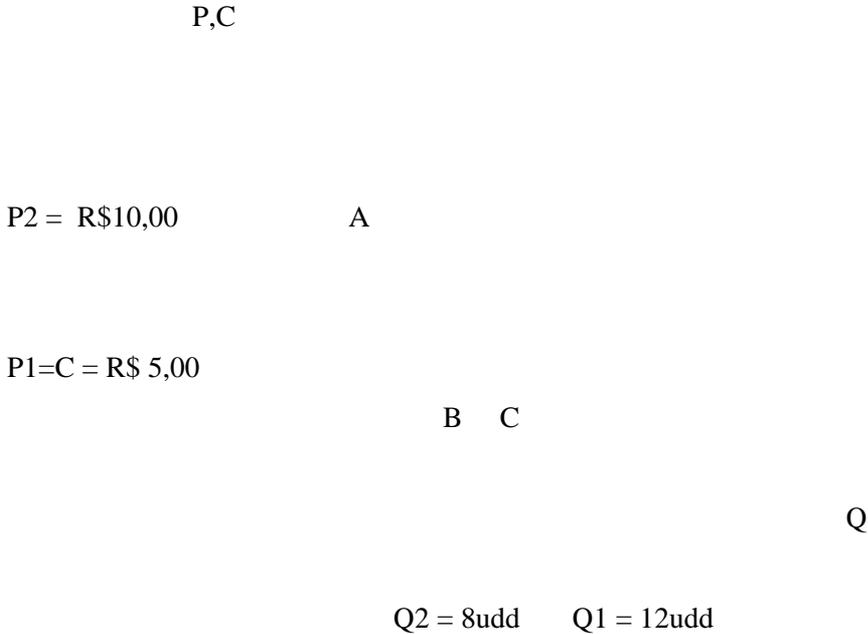
5

10

Q

2.4 - Custo Social do Monopólio

O custo social do monopólio ou *peso morto do monopólio* refere-se à parcela da renda total (renda dos consumidores mais renda dos vendedores) que se perde quando ocorre redução da oferta e aumento do preço no monopólio.



O preço em concorrência perfeita é igual ao custo unitário de produção. Assim, no gráfico anterior o custo é de R\$ 5 e o preço P1 também, com uma quantidade vendida de 12 unidades. Já numa situação de monopólio, o preço seria P2 (R\$10), por exemplo, com uma redução na oferta para Q2 (8 udd). Observe que, como foi mencionado acima, ocorre uma perda de renda do consumidor (redução do excedente do consumidor) equivalente à área do trapézio hachurada (P2-A-C-P1). Porém o ganho do monopolista limita-se à área do retângulo P2-A-B-P1. De fato, o monopolista sai de uma situação de lucro zero, onde preço iguala custo (P1=C=R\$5), para uma situação de lucro econômico igual a R\$40, que pode ser calculado da seguinte maneira:

$$R\$10 (P2) - R\$5 (C) = R\$5 (\text{lucro por unidade});$$

$$R\$5 (\text{lucro unitário}) \times 8 \text{ udd} = R\$40.$$

Assim, no mercado sob monopólio o consumidor perde a renda equivalente ao trapézio P2-A-C-P1, que é apenas parcialmente capturada pelo

monopolista, que eleva sua renda em R\$40 equivalentes à área do retângulo P2-A-B-P1. Dessa maneira, a renda da sociedade equivalente à área do retângulo ABC se perde na passagem de um mercado que opera em concorrência perfeita para o monopólio. Essa perda equivale ao custo social do monopólio ou peso morto do monopólio. O excedente total da sociedade (excedente dos consumidores mais excedente dos vendedores) fica menor.

2.5 - Eficiência Alocativa de Recursos

O monopólio opera com menor eficiência alocativa de recursos em relação à concorrência perfeita. Essa ineficiência alocativa decorre justamente da perda de renda social provocada pelo monopólio. Ao ofertar uma quantidade menor, o monopólio produz com um custo unitário maior (dilui menos custos fixos) provocando perda de renda da sociedade como um todo. Assim, a ineficiência alocativa do monopólio é decorrência do preço mais elevado, da menor oferta de bens e dos maiores custos unitários de produção, em relação à concorrência perfeita. Aumentos de preços reduzem o excedente econômico total (somatório dos excedentes do consumidor e do produtor). Observa-se uma má alocação dos recursos da economia - isto é, com os mesmos recursos disponíveis um produto menor é gerado. Note que apenas o nível do produto equivalente ao custo médio mínimo garante um máximo de excedente econômico com a mais eficiente utilização dos recursos (é evidente, uma vez que estamos falando do menor custo unitário possível). Sendo assim, sempre que os preços se afastam do custo médio mínimo (sempre que o mercado se afasta do equilíbrio da concorrência perfeita), perde-se renda na sociedade, gerando o que ficou conhecido na literatura como “custo social do monopólio” ou “peso morto”.

2.6 - Eficiência Distributiva

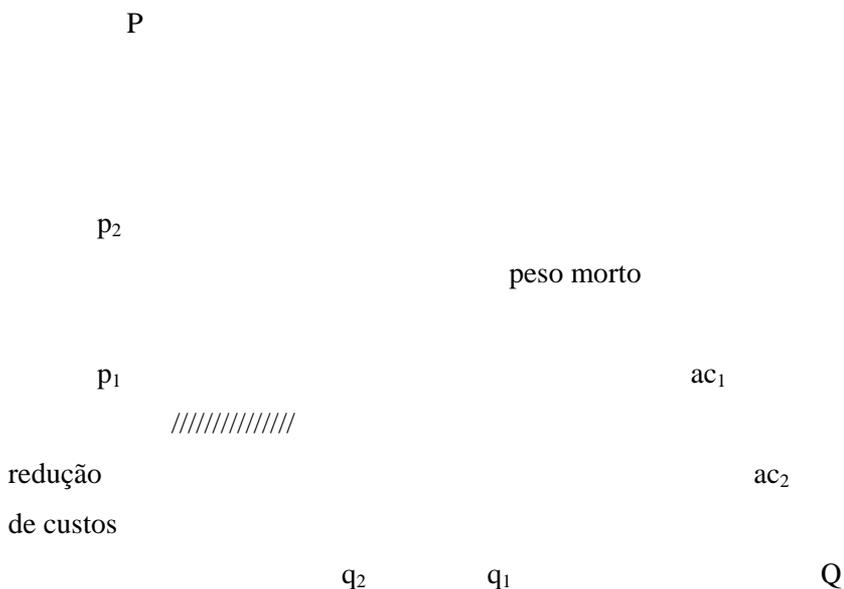
O mercado sob monopólio oferta menos com preços mais elevados, reduzindo o excedente do consumidor. Parte da renda do consumidor subtraída é apropriada pelo vendedor, enquanto outra parte se perde. Assim, o mercado monopolizado implica uma distribuição de renda do consumidor para o vendedor. O monopólio apresenta, portanto, ineficiência distributiva em relação ao mercado sob concorrência perfeita. Aumentos de preços reduzem o excedente do consumidor ao mesmo tempo em que aumentam o excedente do produtor, caracterizando uma transferência de riqueza do primeiro para o segundo.

2.7 - Trade-off entre Poder de Mercado (Eficiência Distributiva) e Eficiência Alocativa

A aplicação normativa da teoria econômica indica, em princípio, que mercados competitivos são superiores aos mercados monopolizados em termos de bem-estar econômico. De fato, sob concorrência perfeita os preços são menores (iguais aos custos médios), numa maior eficiência distributiva. Ou seja, sob concorrência perfeita não há poder de mercado (preço iguala custo). Além disso, sob monopólio, com uma oferta menor, e um preço maior em relação ao mercado perfeitamente competitivo o excedente econômico é menor com o surgimento do custo social do monopólio, o que significa que há ineficiência alocativa de recursos. Assim, a conclusão seria a de que caberia ao regulador público buscar sob quaisquer circunstâncias aumentar o número de concorrentes, em direção ao mercado perfeitamente competitivo.

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de ocorrerem economias de escala no mercado sob análise, as conclusões precisam ser alteradas. Se ocorrerem economias de escala, vendedores de maior porte são mais eficientes, isto é, têm custos unitários menores. Há evidentes ganhos de eficiência alocativa (redução de custos equivale a um incremento de lucro, isto é, de renda para a sociedade), que podem ou não serem repassadas para preços. De todo modo, se há reduções de custos decorrentes de economias de escala, a renda total da sociedade aumenta, como pode ser visto no gráfico apresentado a seguir.

Nesse caso a sociedade precisaria optar entre um mercado mais desconcentrado, onde não há poder de mercado (ou onde o poder de mercado é menor e as empresas não têm capacidade para impor condições comerciais), de um lado, e um mercado mais concentrado, onde há poder de mercado (ineficiência distributiva), mas há ganhos de eficiência alocativa, com a renda total da sociedade aumentando. A opção é, desse modo, entre o poder de mercado e a eficiência alocativa de recursos. Entre o mercado desconcentrado sem poder de mercado (eficiência distributiva) e o mercado concentrado com menor custo unitário de produção (eficiência alocativa de recursos). É bom ressaltar que mesmo que a redução de custo unitário decorrente da concentração do mercado e das economias de escala não seja repassada para o consumidor, ainda assim a sociedade ganha com um maior montante de renda disponível, que será de alguma forma utilizada e repassada para a sociedade - através de novos investimentos e geração de postos de trabalho, ou através de maior consumo dos empresários, que também geram renda e emprego.



Williamson² apresentou a primeira contribuição formal para esse tipo de análise – que embora voltada essencialmente para a regulação antitruste, é útil também para a regulação pública de mercados específicos. A análise considera a possibilidade de que uma fusão ou aquisição, por exemplo, possa apresentar tanto aspectos positivos quanto negativos, que devem ser avaliados pelo investigador. O gráfico abaixo demonstra o *trade-off* entre poder de mercado (capacidade de elevar preços decorrente da concentração, que traz perda de eficiência distributiva) e eficiência (ganhos de eficiência alocativa).

Suponha um mercado em concorrência perfeita no qual o preço p_1 equivale ao custo médio ac_1 . Nessa situação o excedente do consumidor é máximo e não existe lucro econômico puro. Após uma fusão nesse mercado, com a redução do número de ofertantes, os preços tendem a subir para p_2 , ao mesmo tempo em que os custos se reduzem para ac_2 - em função de economias de escala, por exemplo. Sendo assim, como consequência da operação observa-se uma redução da eficiência distributiva e alocativa de curto prazo,

2 Williamson, O.E. (1968) - Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs, The American Economic Review, vol. 58.

uma vez que os preços subiram e a oferta se reduziu - ocasionando o aparecimento do peso morto ou custo social do monopólio. Entretanto, a renda dos vendedores foi aumentada por duas razões. Em primeiro lugar, devido ao aumento dos preços para o nível p_2 (o que apenas causou o aparecimento do custo social do monopólio). Em segundo lugar, com a redução dos custos de produção que aumentou a renda do vendedor e criou uma renda nova para a sociedade, aumentando o excedente econômico. Nesse sentido, a operação apresentou um efeito distributivo perverso, no curto prazo, sobre o bem-estar econômico. Por outro lado, a redução dos custos de produção pode ter aumentado o excedente econômico total se a área indicada como de redução de custos (ganho de renda) for maior do que a área do peso morto (perda de renda), o que caracterizaria um ganho de eficiência alocativa de recursos ao aumentar o excedente (riqueza) econômico total. Assim, caberia ao investigador avaliar se os ganhos de eficiência por redução de custos são superiores à perda de eficiência por elevação de preços. Caso o ganho de eficiência produtiva (área marcada como redução de custos) for maior do que a perda de eficiência decorrente da elevação dos preços (área do peso morto), a operação deveria ser aprovada.

Os adeptos radicais do modelo Estrutura-Condução-Desempenho consideram que a política antitruste não deveria considerar a redução de custos na sua análise, prendendo-se ao fato de que a concentração aumentou poder de mercado, permitiu a elevação de preços e redistribuiu a renda de forma desfavorável ao consumidor - independentemente dos ganhos de eficiência alocativa que porventura possam gerar. Nesse sentido o objetivo da atividade antitruste seria distributiva. Já os adeptos radicais da eficiência econômica alocativa consideram que o objetivo da política antitruste seria garantir os ganhos de eficiência produtiva/alocativa. Assim, a concentração de capital deveria ser permitida porque favoreceria a redução de custos na economia e ganhos de produtividade e competitividade internacional que trariam bem-estar para a sociedade - independentemente do fato de eventualmente redistribuir a renda de forma desfavorável para os consumidores, no curto prazo.

A proposta de Williamson, desse modo, é interessante e vem sendo de uma forma ou de outra utilizada por todas as modernas legislações de defesa da concorrência justamente porque estabelece uma avaliação entre a perda de eficiência ocasionada pela concentração e o ganho trazido pela redução de custos. Assim, uma operação que eleve poder de mercado pode ser aprovada desde que proporcione ganhos de eficiência que mais que compensem os efeitos danosos do aumento de preços. Esse *trade-off* entre poder de mercado e eficiência é a idéia base que permeia a edição do Merger Guidelines norte-americano de 1992. Também, na legislação brasileira está previsto que uma operação que prejudique a concorrência (leia-se eleve poder de mercado, ou

permite aumentos de preços no futuro) pode ser aprovada desde que aumente a eficiência econômica.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do poder público sobre os mercados, seja na forma da regulação específica de mercados, seja através da atividade antitruste, busca preservar e elevar a eficiência dos mercados de modo a garantir o bem-estar econômico da coletividade. Nesse sentido, operações concentradoras de mercado só podem ser alvo de intervenção no caso de elevarem poder de mercado, reduzindo a eficiência econômica. Já as condutas empresariais só podem ser alvo da intervenção no caso de efetivo abuso do poder de mercado, redundando diretamente em perda de eficiência econômica, ou no caso de domínio de mercado, que cria as condições para o abuso do poder de mercado e conseqüente redução da eficiência dos mercados e do bem-estar econômico da coletividade.

Conhecer e dominar os conceitos de eficiência econômica dos mercados utilizados na atividade antitruste é, dessa maneira, requisito indispensável para um correto entendimento da aplicação da lei antitruste.

4 - BIBLIOGRAFIA

BERG, V.S. & TSCHIRHART, J. **Natural Monopoly Regulation: Principles and Practice**, Cambridge University Press, 1988;

BRODLEY, J. **The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress**, in First, H.; Fox, E.; Pitofsky, R. (editores), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century - Essays on Legal, Economic, and Political Policy*, Quorum Books, 1991;

HARBERGER, H. **Monopoly and Resource Allocation**, *The American Economic Review*, Volume 44, 1954;

HUNTER, A. **El Monopolio y el Análisis del Bienestar, in Monopolio y Competencia**, Hunter, A. (Editor), Biblioteca Tecnos de Ciencia Economica, Madrid, 1969;

KOUTSOYIANNIS, A. **Modern Microeconomics**, MacMillan Publishers Ltd, London, 1979;

- LANDE, R.H. **Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged**, Hasting Law Journal, N° 34, 1982;
- LEIBENSTEIN, H. **Allocative Efficiency vs. “X-Efficiency”**, The American Economic Review, Volume 56, 1966;
- PINDYCK, R.S. & RUBINFELD, D.L. **Microeconomia**, Ed. Makron Books, 1994;
- POSNER, R. **The Chicago School of Antitrust Analysis**, University of Pennsylvania Law Review, 127, 1979;
- POSSAS, M. **II Curso de Defesa da Concorrência – CADE**, 1999;
- SCHERER, F.M. & ROSS, D. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. Houghton Mifflin Company, Boston, 1990;
- SHEPHERD, W.G. **Three “Efficiency School” Hypotheses About Market Power**, The Antitrust Bulletin, Summer, 1988;
- TRAIN, K. **Optimal Regulation, The Economic Theory of Natural Monopoly**, The MIT Press, 1995;
- WILLIAMSON, O.E. **Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs**, The American Economic Review, vol. 58, 1968.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º-
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barriouneo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1

Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6

Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8-3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denunciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgiolini, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como	9-1

	fundamento do Estado brasileiro -	
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovani Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
OECD	Suggested Issues for Discussion III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	Da intempetividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5

Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições Verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8-3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9

08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon & Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Porducts	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3
PARECER	SDE – AMBEV	7-3

PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimetno s/a; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n. º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrío Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de	3-11

	Desenvolvimento de Campinas	
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Mace- do	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitaliza- ção X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clíni- cas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Qímicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2

006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Irís Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguichi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4

Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avançados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policy - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1
<i>VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	9-4

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br